

DIE ZUFALLSHAFTUNG
IM EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS
UNTER
BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DER HAFTUNG AUS VERZUG

Gottfried Löwisch

1968



DIE ZUFALLSHAFTUNG
IM EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS
UNTER
BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DER HAFTUNG AUS VERZUG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Gottfried Löwisch

aus Meiningen

1968

1. Berichterstatter: Professor Dr. WESTERMANN
2. Berichterstatter: Professor Dr. HELDRICH
Dekan: Professor Dr. NÖRR

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Februar 1968



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungen	XXXVI
Einleitung	1
1. TEIL; Bestimmung der Zufallshaftung im BGB sowie des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses in seiner für eine Zufallshaftung erheblichen Ausgestaltung	1
§ 1 Zufallshaftung nach dem BGB	1
1. Allgemeines über die Zufallshaftung im BGB	1
2. Einzelne Fälle von Zufallshaftung im BGB	2
I. Zufallshaftung im Verzugsrecht	2
II. Zufallshaftung im Vertragsrecht	2
III. Zufallshaftung im Deliktsrecht	2
3. Gemeinsamkeiten der verschiedenen Arten von Zufallshaftung im BGB	3
4. Zufallshaftung und Verschulden	3
5. Ausgangspunkte für die Untersuchung der Zufallshaftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	4
§ 2 Bestimmung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses	4
1. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Vindikationslage	4
2. Bestehen einer Vindikationslage	5
I. Fehlen des Besitzrechts des Besitzers	5
II. Fehlen des Besitzrechts des Oberbesitzers und Wirkung für den Unterbesitzer	6
III. Verbot der Besitzüberlassung durch den Ober- besitzer an den Unterbesitzer und Wirkung für den Unterbesitzer	6
IV. Fehlen eines wirksamen Besitzmittlungsverhält- nisses zwischen Ober- und Unterbesitzer	7
V. Fälle möglicher Vindikationslagen im Eigentümer- Besitzer-Verhältnis	9

3. Entstehen der Vindikationslagen	9
4. "Sonderfälle" des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses	9
I. Nicht-mehr-berechtigter Besitzer	10
II. Nicht-so-berechtigter Besitzer	11
III. Exzessbesitzer	11
IV. Umwandlungsbesitzer	12
V. Vindikationslagen der "Sonderfälle" im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	14
§ 3 Geltende Vorschriften im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	14
1. Möglichkeit der Anwendung von Vorschriften des BGB über Zufallshaftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	14
2. Vertragsrecht und Recht des Nichtberechtigten im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	15
I. Vertragsrecht und Recht des Nichtberechtigten	15
II. Vertragsrecht und Recht des Nicht-mehr-Berechtigten	15
3. Verzugsrecht im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	18
4. Bereicherungsrecht im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	21
5. Deliktsrecht im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	23
6. Geltende Vorschriften im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	23
§ 4 Haftungserhebliche Ausgestaltungsarten des Besitzes im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	23
1. Eigen- und Fremdbesitz	23
2. Besitz für den Eigentümer oder einen Nichteigentümer als Oberbesitzer	24
3. Gewaltbesitz nach § 992	24
4. Besitzerwerb vom Eigentümer oder einem Nichteigentümer	25
5. Prozeßbesitz nach § 989	25
6. Redlichkeit und Unredlichkeit	25
I. Bestimmung der Redlichkeit und Unredlichkeit	25
a. Unredlichkeit im BGB als subjektives Haftungselement	25
b. Redlichkeit als Glaube an das eigene Recht	26
c. Redlichkeit und Glaube an das Eigentum	28
d. Wirkung der Redlichkeit gegen Sachprätendenten	29

II.	Entstehen und Fortwirken von Redlichkeit und Unredlichkeit	30
a.	Unredlichkeit bei dem "Fremdrechtler"	30
b.	Unredlichkeit oder Redlichkeit bei dem "Putativrechtler"	31
III.	Bedeutung und Unzulänglichkeit der Begriffe "Redlichkeit" und "Gutgläubigkeit"	33
IV.	Redlichkeit in den "Sonderfällen" des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses	34
a.	Redlichkeit und Nicht-mehr-Berechtigter	34
b.	Redlichkeit und Nicht-so-Berechtigter	34
c.	Redlichkeit und exzedierender Besitzer	34
2. TEIL:	Zufallshaftung der unrechtmäßigen Besitzer nach §§ 987 ff aus Verzug	36
§ 5	Zufallshaftung des redlichen Eigenbesitzers	36
1.	Haftung nach §§ 987 ff	36
2.	Haftung aus Vertrag	36
3.	Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung	37
4.	Haftung bei Erwerb der Sache vom Nichtberechtigten	38
5.	Haftungsfreistellung des redlichen Eigenbesitzers gemäß § 993	38
§ 6	Zufallshaftung des unredlichen Eigenbesitzers	38
1.	Zufallshaftung aus Verzug	38
2.	Voraussetzungen der Verzugshaftung bei dem unredlichen Eigenbesitzer	39
I.	Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer	39
II.	Fälligkeit der Leistungsverpflichtung	39
III.	Wirkung der Mahnung des Eigentümers	40
IV.	Verzug ohne Mahnung des unredlichen Eigenbesitzers	42
a.	Verzug bei terminierter Schuld	43
b.	Entbehrlichkeit der Mahnung wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben	43

VI

c. Unterlassen der Kenntnisaufnahme des zugegangenen Mahnschreibens	44
d. Selbstmahnung eines unredlichen Eigenbesitzers	45
e. Ernsthafte Erfüllungsverweigerung des unredlichen Eigenbesitzers als Mahnungersatz	45
V. Nichtleistung nach Mahnung trotz Möglichkeit der Leistung	46
VI. Entlastungsmöglichkeiten des unredlichen Eigenbesitzers gemäß § 285	46
VII. Zeitpunkt des Beginns des Verzugs	48
VIII. Rechtsfolge des Verzugs	48
a. Zufallshaftung	48
b. Wirkung der "überholenden Kausalität" auf die Zufallshaftung	49
3. Zufallshaftung aus Vertrag oder ungerechtfertigter Bereicherung	49
4. Zufallshaftung des unredlichen Eigenbesitzers	50
§ 7 Zufallshaftung des redlichen Prozeßbesitzers	50
A. Zufallshaftung des redlichen Prozeßbesitzers nach Rechtslehre und Rechtsprechung	50
1. § 989 als haftungsbegründende Norm für den redlichen Prozeßbesitzer	50
2. Verzugshaftung nach Rechtslehre und Rechtsprechung	50
3. Unzulänglichkeiten der von Rechtslehre und Rechtsprechung vertretenen Auslegung des § 989	50
I. Verschuldenshaftung und Redlichkeit nach § 989	51
II. § 989 und §§ 818 Abs. 4, 819, 292, 287	51
4. Wege der Rechtslehre zur Beseitigung dieser Unzulänglichkeiten und ihre Beurteilung	53
I. Unbeschränkte Anwendung des Bereicherungsrechts in den §§ 987 ff	53
II. Leistungskondiktionsrecht neben den §§ 987 ff	56
III. Auslegung des § 818 Abs. 4 gemäß § 989	58
5. Ausgangspunkte für die Untersuchung der Zufallshaftung des redlichen Prozeßbesitzers	58

VII

B. Einfluß der Rechtshängigkeit auf Redlichkeit und Haftung des Prozeßbesitzers	60
1. Klagerhebung und "mala fides superveniens"	60
2. Einfluß der Klagerhebung auf die Überzeugung des Besitzers von seiner Berechtigung	62
I. Einfluß materieller Wirkungen der Rechtshängigkeit auf bürgerliche Rechtsverhältnisse	63
II. Einfluß der materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit auf die Überzeugung des Prozeßbesitzers	66
a. Erschütterung der Überzeugung und Begründung des Eventualdolus durch die Rechtshängigkeit	66
b. Erschütterung der Überzeugung des Prozeßbesitzers sowie Eventualdolus und Unredlichkeit gemäß § 990 Abs. 1 Satz 2	67
III. Begründung der Verantwortlichkeit als materielle Wirkung der Rechtshängigkeit	68
3. Bedeutung der Verantwortlichkeit des Prozeßbesitzers für eine Zufallshaftung	69
C. Verzugshaftung des verantwortlichen Besitzers	70
1. Verzugshaftung des verantwortlichen Besitzers nach den allgemeinen Regeln des BGB	70
I. Verzugsvoraussetzungen bei dem redlichen Prozeßbesitzer	71
II. Prozeßhaftung als Unterart der Verschuldenshaftung	72
III. Zufallshaftung als Regel bei verschuldeter Leistungsverzögerung	72
2. Zufallshaftung in § 989	72
I. Zufallshaftung des Prozeßbesitzers vor Inkrafttreten des BGB	73
a. Regelung im gemeinen Recht	73
b. Regelung nach preußischem - und deutschem Land - Recht	75
II. Ausschluß der Zufallshaftung als Wille des Gesetzgebers bei Schaffung des § 989	76

VIII

a.	Regelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses im Anschluß an das gemeine Recht	76
b.	Haftung des Verzugsbesitzers nach § 934 des E I und nach §§ 987 ff BGB	76
c.	Haftung des Prozeßbesitzers	77
d.	Unredlichkeit und Rechtshängigkeit nach dem Willen des Gesetzgebers	78
e.	Wille der 2. Redaktionskommission als Willen des Gesetzgebers	78
III.	Bedeutung des Willens des Gesetzgebers für die Auslegung der geschaffenen Rechtsnormen	78
a.	Subjektive Theorie der Auslegung	78
b.	Mängel der subjektiven Theorie	79
c.	Objektive Theorie der Auslegung und Wille des Gesetzes im Gegensatz zum Willen des Gesetzgebers	80
IV.	§ 989 bei objektiver Auslegung und die Auswirkung dieser Auslegung auf die Probleme der Haftung im Prozeßbesitz	82
a.	Beseitigung des Spannungsverhältnisses zu § 818 Abs. 4 ohne Rückgriff auf das Bereicherungsrecht	83
b.	Verbindung von Verzugshaftung mit Verschul- denshaftung auch in § 989	84
c.	Gleichmäßige Verteilung des Prozeßrisikos auf beide Prozeßparteien	84
d.	Sicherung des klagenden Eigentümers hinsichtlich der Beweislastverteilung	85
e.	Schutz des redlichen Prozeßbesitzers durch Exculpationsmöglichkeit gemäß § 285	86
f.	Prozeßrechtsverhältnis und Verwahrungsverhältnis	87
g.	Gleichstellung des verantwortlichen verklagten mit dem unredlichen Besitzer	89
V.	Zufallshaftung des Prozeßbesitzers aus Verzug trotz entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers	90
3.	Folgen dieser objektiven Auslegung des § 989 für die Ausle- gung der §§ 989, 990, 990 Abs. 2, 993	90
I.	Bedeutung des § 990 Abs. 2 als Vorschrift für den unredlichen Besitzer	91

IX

II.	Verhältnis des § 990 Abs. 2 zu § 989	91
III.	Bedeutung des § 989	92
a.	Wirkung der Worte "Verschuldenshaftung" in § 989	92
b.	§ 989 als verantwortlickeitsbegründende Norm	92
IV.	§ 993 und § 989	93
D.	Verzugs Voraussetzungen bei dem Verzug des Prozeßbesitzers	93
1.	Klage als Mahnung	93
I.	Mahnung bei Begründung der Fälligkeit durch Klagerhebung	94
II.	Mahnung durch Leistungsklage ohne Ersetzung durch Feststellungsklage	95
2.	Exkulpationsmöglichkeiten des Prozeßbesitzers nach § 285	96
3.	Verschuldensmaßstab des redlichen Prozeßbesitzers	96
I.	§ 990 Abs. 1 Satz 2 als Verschuldensmaßstab	97
II.	§ 277 als Verschuldensmaßstab	98
III.	§ 276 als Verschuldensmaßstab	98
4.	Verhältnis von Verzugs- zur Verschuldenshaftung des Prozeßbesitzers	99
E.	Abhängigkeit der die Haftung beeinflussenden materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit vom Prozeßverlauf	99
1.	Wirkungen der Rechtshängigkeit und der privatrechtlichen Anspruchsbetätigung	99
2.	Wirkung der Klagerhebung bei Erfolg der Klage	100
I.	Wirkung bei Urteil auf Herausgabe der Sache	101
II.	Wirkung bei Verurteilung zu Schadensersatz nach § 989	102
3.	Wirkung der Klagerhebung bei Erfolgslosigkeit der Klage	102
I.	Abweisung wegen Unbegründetheit	103
II.	Abweisung wegen Unzulässigkeit	103
III.	Klagverzicht und Klagrücknahme	103
IV.	Beilegung des Rechtsstreits durch Vergleich	104

4. Wirkungen der Klagerhebung bei Nichtbetreiben des Rechtsstreits	104
I. Abhängigkeit der Prozeßhaftung von der Wiederaufnahme des Verfahrens	104
II. Unterbrechung der Verzugshaftung während des Ruhens des Verfahrens	104
III. Beginn der Unterbrechung des Verzugs bei Ruhen des Verfahrens	105
5. Wirkung behobener prozessualer Mängel auf die Verzugshaftung	106
F. Zufallshaftung des Prozeßbesitzers	106
§ 8 Zufallshaftung des gemahnten redlichen Besitzers	106
1. Zufallshaftung durch Klage und durch Mahnung	106
2. Fehlen des gesetzlichen Schuldverhältnisses mit dem redlichen unverklagten Besitzer	106
3. § 993 und Haftung des redlichen Besitzers vor Rechtshängigkeit	107
4. § 934 des E I	108
5. Haftungsfreistellung des redlichen Besitzers vor Rechtshängigkeit	108
§ 9 Zufallshaftung des unmittelbaren Fremdbesitzers	109
1. Verhältnis von Fremdbesitz zu Eigenbesitz und die Auswirkungen auf die Haftung des Fremdbesitzers	109
I. Gleichstellung des Fremdbesitzers im Rahmen seiner Besitzberechtigung mit dem Eigenbesitzer	109
II. Überschreitung des - vermeintlichen - Rahmens der Besitzberechtigung durch den Fremdbesitzer	110
a. Besitzrechtsüberschreitung und subjektive Auswirkungen auf die Haftung	110
b. Besitzrechtsüberschreitung und Verzug des Fremdbesitzers	110
III. Einfluß der Nicht-mehr-Berechtigung auf die Zufallshaftung	111
2. Haftung des unmittelbaren Fremdbesitzers nach den Regeln für den Eigenbesitzer	111

3. Einfluß der vermeintlich ausgeübten Besitzberechtigung auf die Redlichkeit	112
I. Redlichkeit und langfristiges Besitzrecht	113
II. Redlichkeit und kurzfristiges, jederzeit kündbares Besitzrecht	113
III. Redlichkeit des Nicht-mehr-Berechtigten	113
IV. Einfluß der Überzeugung des Eigentümers auf die Redlichkeit des Besitzers	113
4. Verzugs Voraussetzungen bei dem Fremdbesitzer	113
I. Schuldverhältnis mit dem Fremdbesitzer	114
II. Vollfälligkeit der Verpflichtung	114
III. Besonderheiten bei dem Nicht-mehr-Berechtigten	114
a. Verzug des wahren Nicht-mehr-Berechtigten	114
b. Verzug des vermeintlichen Nicht-mehr-Berechtigten	114
c. Verzug des verklagten Nicht-mehr-Berechtigten	115
5. Auswirkungen vermeintlicher, die Zufallshaftung betreffender Abmachungen zwischen Eigentümer und Fremdbesitzer	115
I. Haftungsverschärfende Abmachungen	115
II. Haftungsbeschränkende Abmachungen	116
a. Schutz des Vertrauens auf die Wirksamkeit haftungsbeschränkender Abmachungen gemäß § 242	117
a1. Vertrauensschutz bei Verschuldenshaftung	117
b1. Vertrauensschutz bei Zufallshaftung	117
b. Wirkung des Vertrauensschutzes bei der Verzugs haftung der Fremdbesitzer	118
c. Haftungsbeschränkende Abmachungen zugunsten des Nicht-mehr-Berechtigten und Wirkungskdauer von Freizeichnungsklauseln	118
III. Entbehrlichkeit der Mahnung infolge Vereinbarung	119
6. Zufallshaftung des nichtberechtigten Fremdbesitzers	119
§ 10 Zufallshaftung des Unterbesitzers nach § 991 Abs. 2	120
1. Rechtsstellung des redlichen Unterbesitzers	120
2. Haftung des Unterbesitzers nach §§ 989, 990 und § 991 Abs. 2	120

3. § 991 Abs. 2 mit anspruchsbegründender Wirkung zugunsten des Eigentümers	121
I. Möglichkeiten anspruchsbegründender Wirkungen nach § 991 Abs. 2	121
a. § 991 Abs. 2 und Verschuldenshaftung	121
b. § 991 Abs. 2 und Zufallshaftung	122
II. § 991 Abs. 2 mit Wirkung für Ansprüche auf Zufallshaftung	122
a. § 991 Abs. 2 und § 989	122
b. § 991 Abs. 2 nach dem Willen des Gesetzgebers als Ausdruck eines Grundprinzips über die Haftung im Vindikationsrecht bei Unterbesitz	123
a1. Grundsatz der Vorteilsausschließung bei dem Unterbesitzer	123
b1. Erstreckung dieses Grundsatzes auf die Zufallshaftung	124
c. Zufallshaftung in § 991 Abs. 2 als Erfordernis interessengerechter Lösungen der Haftungsfragen	124
d. Redlichkeit und Zufallshaftung in § 991 Abs. 2	125
e. Zufallshaftung und Haftung des Unterbesitzers dem Oberbesitzer gegenüber	125
f. "Verantwortlichkeit" nach § 991 Abs. 2	126
g. Zufallshaftung des redlichen Unterbesitzers nach § 991 Abs. 2	126
III. Auslegungsfragen des § 991 Abs. 2	126
a. § 991 Abs. 2 und Zufallshaftung aus Vertrag, Gesetz sowie Verzug	126
b. § 991 Abs. 2 und Schaden sowie Rechtsbeeinträchtigung bei Oberbesitzer und Eigentümer	127
IV. Ausgestaltung der Zufallshaftungsfälle in § 991 Abs. 2	129
a. Zufallshaftung nach Vertrag zwischen Ober- und Unterbesitzer	129
b. Zufallshaftung nach Gesetz - § 701	129
c. Zufallshaftung des Unterbesitzers aus Verzug gegenüber dem Oberbesitzer	130
a1. Verzug des Unterbesitzers gegenüber Oberbesitzer und Eigentümer	130
b1. Wirkung der Anspruchssteigerung durch Verzug zugunsten des Eigentümers	130

XIII

c1. Verzug durch Klagerhebung	132
d1. Vereinbarung besonderer Verzugs- voraussetzungen	132
d. Zufallshaftung bei unwirksamem Besitzmittlungs- verhältnis zwischen Ober- und Unterbesitzer	133
V. Zufallshaftung des Unterbesitzers in § 991 Abs. 2 nach Maßgabe seines Verhältnisses zum Oberbesitzer	133
4. § 991 Abs. 2 mit anspruchsmindernder Wirkung zulasten des Eigentümers	133
I. Haftungsbeschränkende Vereinbarungen mit dem Oberbesitzer bei Inanspruchnahme des Unterbesitzers nach § 991 Abs. 2	134
II. Haftungsbeschränkende Vereinbarungen mit dem Oberbesitzer bei Inanspruchnahme des Unterbesitzers nach § 989	134
III. § 991 Abs. 2 als haftungsverschiebende Norm	136
5. § 991 Abs. 2 und Zufallshaftung des unredlichen Unter- besitzers	136
I. Haftung bei wirksamer Vereinbarung der Zufalls- haftung mit dem Oberbesitzer	136
II. Bedeutung der Worte "war der Besitzer bei Erwerb des Besitzes in gutem Glauben" in § 991 Abs. 2	137
III. § 991 Abs. 2 als Norm für alle nichtberechtigten Unterbesitzer	138
3. TEIL: Zufallshaftung des unrechtmäßigen Besitzers aus Delikt	139
§ 11	139
1. § 848 als Anspruchsgrundlage für Haftungsfälle im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	139
I. Rückgewährverpflichtung in § 848 und §§ 987 ff	139
II. Besitzentzug und Besitzverschaffung durch uner- laubte Handlung	139
III. Besitzentzug durch Besitzumwandlung	139
a. Besitzentzug nach § 848 als Sach- und Rechtsentzug	140

b.	§ 848 und sein allgemein schuldrechtlicher Hintergrund	140
c.	Wirkung der "mora ex re" in § 848	141
d.	Besitzüberlassung durch den Eigentümer und Vertrauensbruch des Umwandlungsbesitzers	141
e.	Besitzumwandlung als Besitzentzug gemäß § 848	141
IV.	Betroffener "anderer" und Anspruchsberechtigter in § 848	142
V.	Mögliche Wirkung des § 848 im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	143
2.	Anwendbarkeit von Deliktsrecht im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	143
I.	§ 992 und Deliktsrecht	144
II.	Deliktsbesitz nach § 848 und Gewaltbesitz nach § 992	145
a.	Identität von § 848 mit § 992 in den objektiven Tatbestandsvoraussetzungen	145
b.	Unterschiede zwischen § 848 und § 992	146
a1.	Verschulden bei verbotener Eigenmacht und unerlaubter Handlung	146
b1.	Rechtswidrigkeit bei verbotener Eigenmacht und unerlaubter Handlung	148
c1.	Strafbare und unerlaubte Handlung	149
c.	Deliktsbesitz und Gewaltbesitz als Besitzarten mit verschiedenem Umfang	150
III.	Allgemeine Konkurrenz von Delikts- mit Vindikationsrecht	151
a.	Fälle möglicher Anspruchskonkurrenz von Delikts- und Vindikationsrecht	151
a1.	Deliktsrecht und Redlichkeit bei Verschuldenshaftung	151
b1.	Deliktsrecht und Redlichkeit bei Besitzbegründungshandlungen nach §§ 848, 987 ff	152
c1.	Fälle möglicher Anspruchskonkurrenz	153
b.	§ 992 als scheinbare Konkurrenzvorschrift	153
a1.	Unzulänglichkeiten der Regelung in den §§ 987 ff infolge der Ausschließung des Rechts der unerlaubten Handlung nach §§ 992, 993	153

XV

b1.	Entstehungsgeschichte der Ausschließungs-	
	normen und Überlegungen des Gesetzgebers	155
c1.	Interessengerechte Beilegung des	
	Konkurrenzproblems	155
d1.	Deliktsrecht im Eigentümer-Besitzer-	
	Verhältnis bei Verantwortlichkeit des	
	nichtberechtigten Besitzers	157
IV.	Auswirkung der Konkurrenzmöglichkeit des	
	Deliktsrechts auf die Auslegung der §§ 992, 993	157
a.	Deliktsrecht und § 992	157
b.	Deliktsrecht und § 993	158
Schlußbetrachtung		159

XVII

LITERATURVERZEICHNIS 1)

Achilles - Greiff	BGB 21. Auflage Berlin 1958
Adler	Die Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf In: ZHR Bd. 86 S. 1 ff
Arndts Ritter von Arnesberg	Lehrbuch der Pandekten 8. Auflage Stuttgart 1874
Baron	Pandekten 8. Auflage Leipzig 1893
Baumann	Einführung in die Rechtswissenschaft München 1967
Baur	Lehrbuch des Sachenrechts 2. Auflage München - Berlin 1963
Becker	Die analoge Anwendung des § 989 bei "vorübergehender Verwahrung" In: NJW 1954 S. 786 f
Bekker	Der Besitz beweglicher Sachen In: IdogmJB Bd. 34 S. 1 ff
Bierling	Juristische Prinzipienlehre Band IV Neudruck der im Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienenen Auflage von 1894 - 1917 Aalen 1961
Biermann	Bürgerliches Gesetzbuch 3. Buch Sachenrecht 3. Auflage Berlin 1914

1) Lehrbücher, Kommentare und Monographien werden, soweit keine Verwech-
selungsgefahr besteht, nur nach dem Verfasser - und dem jeweiligen Bearbeiter -
zitiert.

XVIII

Binding	Handbuch des Strafrechts 1. Band Leipzig 1885
Birk	Bösgläubiger Besitzdiener - gutgläubiger Sachherr In: JZ 1963 S. 354 ff
Boehmer	Einführung in das Bürgerliche Recht 2. Auflage Tübingen 1965
Bolze	Die Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich über die Steigerung des vindikatorischen Eigentumsanspruchs In: AcP Bd. 74 S. 97 ff
de Boor	Bürgerliches Recht Band I 2. Auflage Wiesbaden 1954
Brox	Die Haftung des Besitzers für Zufallsschäden In: JZ 1965 S. 516 ff
Brütt	Gesetz und Richter Berlin 1906
Buhl	Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche Berlin 1901
Bunsen	Der Schutz des Eigentums im Bürgerlichen Gesetzbuche In: Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches von Bernhöft - Binder 6. Heft, S. 419 ff Leipzig 1905
Burckhardt	Methode und System des Rechts Zürich 1936
von Caemmerer	Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb In: Festschrift Gustav Boehmer Bonn 1954 S. 145 ff

Cosack	Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs 2. Band 3. Auflage Jena 1901
Cosack - Mitteis	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Band 7./8. Auflage Jena 1924
Crome	System des Bürgerlichen Rechts Band I 2. Teil Tübingen 1900 Band III Hälfte 1 Tübingen 1905
Dahm	Deutsches Recht 2. Auflage Stuttgart 1963
Denkschrift	zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen Berlin 1896
Dernburg	Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens Halle 1898 zitiert: Dernburg - Sachenrecht
Dernburg	Pandekten 1. Band 5. Auflage Berlin 1896 zitiert: Dernburg - Pandekten
Dietz	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt Bonn und Köln 1934
Ebbecke	Zum Begriff des Anspruchs im Sinn der Verjährungsvorschriften in: LZ 1917 Sp. 833 ff

- | | |
|--|---|
| Eck - Leonhard | Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Rechts
Band II
1./2. Auflage
Berlin 1904 |
| Ehrenzweig | Der Einfluß der Rechtsstreits auf das
streitige Recht
In: GrünhutsZSchr Bd. 25 S. 281 ff |
| Eichler | Institutionen des Sachenrechts - ein Lehrbuch
2. Band, 1. Halbband
Berlin 1957 |
| Eisele | Über die Haftung des malae fidei possessor
bei der rei vindicatio für culpa vor der litis
contestatio
In: IdogmJB Bd. 4 S. 16 ff |
| Endemann | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
Band I
8. Auflage
Berlin 1903
Band II Teil 1
8./9. Auflage
Berlin 1905 |
| Engisch | Einführung in das juristische Denken
5. Auflage
Stuttgart 1964 |
| Enneccerus - Kipp -
Wolff - Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse,
ein Lehrbuch
15. Bearbeitung
Tübingen 1958
zitiert: Enneccerus-Lehmann |
| Enneccerus - Kipp -
Wolff - Nipperdey | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
ein Lehrbuch
14. Auflage
Tübingen 1952
zitiert: Enneccerus-Nipperdey |
| Enneccerus - Kipp-
Wolff - Raiser | Sachenrecht,
ein Lehrbuch
10. Bearbeitung
Tübingen 1957
zitiert: Wolff - Raiser |

Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Auflage Münster 1952 zitiert: Erman - Peters 3. Auflage 2. Band Münster 1962 zitiert: Erman - Hefermehl
Esser	Schuldrecht - ein Lehrbuch 2. Auflage Karlsruhe 1960 zitiert: Esser
derselbe	Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates Wien 1949 zitiert: Esser Einführung
Fikentscher	Das Schuldrecht Berlin 1965
Fischer - Henle	Bürgerliches Gesetzbuch 14. Auflage München 1932
Förster - Eccius	Preußisches Privatrecht I. Band, III. Band 7. Auflage Berlin 1896
Förster - Kann	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 1. Band 3. Auflage Berlin 1913
Fuchs	Grundbegriffe des Sachenrechts Berlin 1917
Furtner	Steht dem von einem Dritten beauftragten Werk- unternehmer auch dem Eigentümer gegenüber ein Anspruch auf Verwendungsersatz zu? In: MDR 1962 S. 95 ff

- Gaupp - Stein Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich
1. Band
5. Auflage
Tübingen - Leipzig 1901
- Geib Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung
im deutschen Zivilprozeß
München 1909
- Gierke, Julius von Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts
4. Auflage
Berlin - Frankfurt a/M 1959
- Goldmann - Lilienthal - Sternberg Das Bürgerliche Gesetzbuch
Systematisch dargestellt
2. Band Sachenrecht
Berlin 1912
zitiert: Goldmann - Lilienthal
- Goldschmidt Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem
Nichteigenthümer und die Beschränkung der
dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach
handelsrechtlichen Gesichtspunkten
In: ZHR Bd. 8 S. 230 ff
Bd. 9 S. 1 ff
- Gruchot Glossen zum Allgemeinen Land-Recht
In: Gruchot Bd. 4 S. 312 ff
Bd. 5 S. 467 ff
- Heck Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz
In: AcP Bd. 112 S. 1 ff
- derselbe Grundriß des Sachenrechts
Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930
Aalen 1960
- Hedemann Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs
2. Auflage
Berlin 1950
zitiert mit Zusatz 2. Auflage
3. Auflage
Berlin 1960
- Heilfron - Pick Lehrbuch des Civilprozeßrechts
Berlin 1904

XXIII

- | | |
|-------------|--|
| Heinsheimer | Besprechung von "Kussi: Die privatrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit"
In: JW 1926 S. 2416 |
| Hellwig | Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts
3. Band, 1. Abteilung
Leipzig 1909
zitiert: Hellwig Lehrbuch |
| derselbe | System des Deutschen Zivilprozeßrechts
1. Teil
Leipzig 1912
zitiert: Hellwig System |
| Heymann | Das Verschulden beim Erfüllungsverzug
zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Obligationenrechts
In: Festgaben für Enneccerus
Marburg 1913 |
| Horstmann | Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche
In: Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht
Heft 13
Stuttgart 1938 |
| Imlau | Der Verwendungsersatzanspruch des unrechtmäßigen Fremdbesitzers gegen den Eigentümer
In: MDR 1957 S. 263 ff |
| Jess | Gibt es einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Patentverletzung, die weder wissentlich, noch grob fahrlässig begangen ist?
In: DJZ 1905 Sp. 725 ff |
| Josef | Die Rechtsstellung des besitzenden Käufers gegenüber dem dritten Erwerber des Grundstücks
In: Gruchot Bd. 51 S. 531 ff |
| derselbe | Veräußerung seitens der Frau und Bereicherung des Gesamtguts - Anmerkung zu OLG in E 21 S. 229
In: Seuffblätter Bd. 78 S. 33 f |
| Jung | Bürgerliches Recht
1931 |

- | | |
|-------------|--|
| Kleinfeller | Besprechung von "Kohler: Lehrbuch des
Bürgerlichen Rechts"
In: ZZP Bd. 36 S. 436 ff |
| Knappmann | Anmerkung zu LG Saarbrücken in NJW 1965 S.1966
In: NJW 1966 S. 251 |
| Kohler | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
1. Halbband
Berlin 1904
zitiert: Kohler Lehrbuch |
| derselbe | Prozeßhandlungen mit Civilrechtswirkungen
In: ZZP Bd. 29 S. 1 ff |
| derselbe | Über die Interpretation von Gesetzen
In: GrünhutsZSchr Bd. 13 S. 1 ff |
| Kretschmar | Über die Methoden der Privatrechtswissenschaft
Leipzig 1914 |
| Kuhlenbeck | Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche
Reich nebst dem Einführungsgesetze
2. Band
2. Auflage
Berlin 1903
zitiert: Kuhlenbeck Bürgerliches Recht |
| derselbe | Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetz-
buch - eine dogmatische Einführung in das
Studium des Bürgerlichen Rechts
2. Teil
Berlin 1899
zitiert: Kuhlenbeck Einführung |
| Kunze | Die Haftung des Schuldners für den Schaden
des Drittbeteiligten
Berlin 1909 |
| Kussi | Die privatrechtlichen Wirkungen der
Rechtshängigkeit
In: Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien,
Heft 13
Leipzig 1925 |

Landsberg	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. 8. 1896 - ein dogmatisches Lehrbuch 2. Hälfte Berlin 1904
Lange	BGB - Allgemeiner Teil 4. Auflage München - Berlin 1958 zitiert: Lange Allgemeiner Teil
derselbe	Verzugshaftung des Bereicherungsschuldners und des Besitzers In: JZ 1964 S. 640 ff
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
Ledermann	Anmerkung zu RG in JW 1926 S. 1811 In: JW 1926 S. 1811
Lehle	Sachenrecht - Grundriß Tübingen 1948
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 11. Auflage Berlin 1958
Lent	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß 1. Band Leipzig 1912
Lent - Jauernig	Zivilprozeßrecht - ein Studienbuch 10. Auflage München - Berlin 1961
Lent - Schwab	Sachenrecht - ein Studienbuch 10. Auflage München - Berlin 1964
Leske	Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des preußischen Allgemeinen Landrechts 1. Hälfte 1./2. Auflage Berlin 1900

- Lippmann Die Einrede der Rechtshängigkeit nach der neuen Civilprozeßordnung
In: AcP Bd. 65 S. 358 ff
- Locher Anmerkung zu RG in JW 1925 S. 465
In: JW 1925 S. 465 Nr. 6
- Loewenwarter Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band IV - Sachenrecht
1. Auflage
Berlin 1925
- von Lübtow Miete und Leihe fremder Möbel
In: AcP Bd. 150 S. 252 ff
- Mitteis Die Lehre von den Vindikationen und dem unredlichen Besitz
In: KrVJSchr. Bd. 31 S. 40 ff
- Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht
2. Abteilung: Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa
Braunschweig 1855
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich
Band III - Sachenrecht
Amtliche Ausgabe
Berlin - Leipzig 1888
- Müller Grundrißkommentar zum BGB
3. Buch - Sachenrecht
Berlin - Leipzig 1936
zitiert: Müller BGB
- Müller Verwendungsanspruch und Kreditrisiko
In: Festschrift für Lent zum 75. Geburtstag
S. 179 ff
München und Berlin 1957
- Münzel Ansprüche des Unternehmers auf Verwendungsersatz gegen den Eigentümer
In: NJW 1961 S. 1377 ff
- Mugdan Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich
III. Band - Sachenrecht
Berlin 1899

Nawiasky	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe 2. Auflage Einsiedeln - Zürich - Köln 1948
Neumann	Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich 1. Band 4. Auflage Berlin 1905
Neumann - Duesberg	Überholende Kausalität bei §§ 992, 990 BGB In: JZ 1953 S. 171 f
Oertmann	Anmerkung zu RG in JW 1926 S. 1811 In: JW 1926 S. 1811
derselbe	Einrede und Verzug In: ZHR Bd. 78 S. 1 ff
Paech	Der Leistungsverzug Berlin 1902
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 24. Auflage München - Berlin 1965
Peters	Die Ansprüche aus dem Eigentum In: AcP Bd. 153 S. 454 ff
Petersen	Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. 5. 1898 nebst EG 1. Band 5. Auflage Lahr 1904
Planck's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 3. Band, 1. Hälfte 5. Auflage Berlin - Leipzig 1933

XXVIII

Protokolle	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Im Auftrag des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles - Gebhard - Spahn Band III - Sachenrecht Berlin 1899
Puchta	Pandekten 3. Auflage Leipzig 1845
Raape	Gebrauchs- und Besitzüberlassung In: IdogmJB Bd. 71 S. 97 ff
Radbruch	Einführung in die Rechtswissenschaft 5./6. Auflage Leipzig 1925 zitiert: Radbruch Einführung
derselbe	Rechtsphilosophie 5. Auflage Stuttgart 1956 zitiert: Radbruch Rechtsphilosophie
Raiser	Anmerkung zu BGH in JZ 1951 S. 716 In: JZ 1951 S. 718 f
derselbe	Anmerkung zu BGH in JZ 1961 S. 540 In: JZ 1961 S. 124 f
derselbe	Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen In: JZ 1961 S. 529 ff
derselbe	Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz In: Festschrift für Martin Wolff S. 122 ff Tübingen 1952
derselbe	Verwendungsansprüche des Werkunternehmers In: JZ 1958 S. 681 ff
Regelsberger	Pandekten 1. Band Leipzig 1893
Reichel	Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb Wien 1915 zitiert: Reichel

- Reichel Gesetz und Richterspruch
Zürich 1915
zitiert: Reichel Gesetz und Richterspruch
- Reichsgerichtsräte - Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer
Kommentar Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichs-
gerichts und des Bundesgerichtshofs
Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten
und Bundesrichtern
11. Auflage
III. Band, 1. Teil
Berlin 1959
- Reinhardt Anmerkung zu RG in JW 1930 S. 3479
In: JW 1930 S. 3479 Nr. 7
- Rosenberg Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts
8. Auflage
München - Berlin 1960
- Rosenthal Bürgerliches Gesetzbuch
15. Auflage
Köln - Berlin - Bonn - München 1965
- Rumpf Gesetz und Richter
Berlin 1906
- Sauer Allgemeine Prozeßrechtslehre
Berlin - Detmold - Köln - München 1951
zitiert: Sauer
- derselbe Juristische Methodenlehre
Stuttgart 1940
zitiert: Sauer Methodenlehre
- von Savigny System des heutigen Römischen Rechts
6. Band
Berlin 1847
- Scherer Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für
das deutsche Reich
III. Buch
Erlangen 1899

XXX

Scherk	Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (§ 986 I) In: IdogmJB Bd. 67 S. 360 ff
Schlegelberger - Vogels	Erläuterungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band II und III Berlin 1939
Schmidt	Bürgerliches Recht - ein Lehrbuch seiner Grundzüge 3. Band - Sachenrecht 2. Auflage Berlin 1954 zitiert: Schmidt Bürgerliches Recht
derselbe	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht München 1915 zitiert: Schmidt Gesetzeskonkurrenz
derselbe	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 2. Auflage Leipzig 1906 zitiert: Schmidt ZPO
Schneider	Ersatz "vorgerichtlicher Mahnkosten" In: MDR 1959 S. 989 ff
derselbe	Die Methode der Rechtsfindung In: MDR 1963 S. 276 ff
derselbe	Ist § 989 auf den gutgläubigen Fremdbesitzer vor Rechtshängigkeit anwendbar? In: MDR 1955 S. 718 ff
derselbe	Über Denkfehler In: MDR 1962 S. 868 ff
Schönfeld	Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkvertrags In: JZ 1959 S. 301 ff
Schulz	System der Rechte auf den Eingriffserwerb In: AcP Bd. 105 S. 1 ff

- Schwalbach Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft
In: AcP Bd. 64 S. 257 ff
- Siber Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach
Deutschem Reichsrecht
Leipzig 1903
zitiert: Siber Rechtszwang
- derselbe Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als
Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz
Leipzig 1907
zitiert: Siber Passivlegitimation
- derselbe Eigentumsanspruch und schuldrechtliche
Herausgabeansprüche vom Standpunkt der
Rechtsneuordnung
In: IdogmJB Bd. 89 S. 1 ff
- derselbe Interpellatio und Mora
In: SavZtg Bd. 29 S. 47 ff
- Siebert Bereicherungshaftung des Käufers für Nutzungen
bei nichtigem Kaufvertrag
In: ZAkDR 1940 S. 269 ff
- derselbe Die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe von
Nutzungen bei nichtigem Kaufvertrag
In: DGWR 1940 S. 241 ff
- Siméon - David Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
2. Hälfte
14./15. Auflage
Berlin 1929
zitiert: Siméon
- Sintenis Das practische gemeine Civilrecht
1. Band
Leipzig 1844
- Soergel - Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen
I. Band
10. Auflage
Berlin - Köln - Mainz 1967
III. Band
9. Auflage
Stuttgart 1960

- | | |
|------------------------------------|--|
| Sohm - Mitteis - Wenger | Institutionen - Geschichte und System des
Römischen Privatrechts
17. Auflage
Berlin 1949
zitiert: Sohm - Mitteis |
| von Spreckelsen | Anmerkung zu RG GZS in DJ 1940 S. 651
In: DJ 1940 S. 655 |
| von Staudinger | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
I. Band - Allgemeiner Teil
11. Auflage
Berlin 1957
III. Band - Sachenrecht
1. Teil
11. Auflage
Berlin 1956 |
| Stein - Jonas - Schönke - Pohle | Kommentar zur Zivilprozeßordnung
1. Band
18. Auflage
Tübingen 1953 |
| Stein - Junker | Grundriß des Zivilprozeßrechts und des
Konkursrechts
3. Auflage
Tübingen 1928 |
| Stillschweig | Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der
Übereignung beweglicher Sachen nach deut-
schem, französischem, österreichischem und
schweizerischem Recht
Berlin 1929
In: Rechtswissenschaftliche Studien Heft 40 |
| Stoll | Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre
In: IdohmJB Bd. 76 S. 134 ff |
| Sydow - Buch - Krantz -
Triebel | Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungs-
gesetz
22. Auflage
Berlin 1941 |

XXXIII

Thibaut	System des Pandekten - Rechts 2. Band 8. Auflage Jena 1834
Türcke - Niefenführ - Winter	Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz und Nebengesetzen II. Band 3. Auflage Berlin 1911
von Tuhr	Besprechung von "Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte" In: KrVJSchr Bd. 43 S. 542 ff
derselbe	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Band, 2. Hälfte München - Leipzig 1918
von Vangerow	Lehrbuch der Pandekten 1. Band, 3. Band 7. Auflage Marburg - Leipzig 1876
Wach	Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts 1. Band Leipzig 1885 zitiert: Wach
derselbe	Präclusion und Contumaz In: GrünhutsZSchr Bd. 7 S. 131 ff
von Wächter	Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts 2. Band Stuttgart 1842 zitiert: Wächter WürttbgPrR
derselbe	Pandekten Band I - allgemeiner Teil, Band II Leipzig 1880/ 1881
Wahl	Anmerkung zu RG in JW 1933 S. 2204 In: JW 1933 S. 2204

- Warneyer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
für das Deutsche Reich
2. Band
1. Auflage
Tübingen 1927
- Warneyer - Bohnenberg Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche
Reich erläutert durch die Rechtsprechung und
das neuere Schrifttum
9. Auflage
Berlin 1940
- Weimar Ansprüche aus Schadensersatz und auf
Herausgabe eines erzielten Erlöses
In: MDR 1959 S. 93 ff
- derselbe Der Nutzererwerb und die Herausgabepflicht
In: MDR 1959 S. 268 ff
- Weismann Lehrbuch des Zivilprozeßrechts
I. Band
Stuttgart 1903
- Westermann Sachenrecht - ein Lehrbuch
5. Auflage
Karlsruhe 1966
zitiert: Westermann
4. Auflage
Karlsruhe 1960
zitiert: Westermann 4. Auflage
- Weyl Das "Verschulden" und die verwandten Begriffe
im Bürgerlichen Gesetzbuche
In: Archiv f. Bürg.R. Bd. 14 S. 79 ff
- derselbe System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen
Gesetzbuche für das Deutsche Reich
München 1905
zitiert: Weyl Verschuldensbegriffe
- Windscheid Besprechung von "Mommsen: Beiträge zum
Obligationenrecht - 3. Abteilung, Lehre von
der mora"
In: KrZSchr Bd. 3 S. 453 ff

- | | |
|-------------------|---|
| Windscheid - Kipp | Lehrbuch des Pandektenrechts
1. Band, 2. Band
9. Auflage
(2. Auflage der Neubearbeitung)
Frankfurt a/M 1906 |
| Wolf - Neukirch | Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung
der gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte
des deutschen Reichs
Handkommentar
Halle 1908 |
| Wurzer | Zum Begriff der Nebenforderung
im Sinn des § 4 ZPO
In: Gruchot Bd. 53 S. 48 ff |
| Zitelmann | Selbstmahnung des Schuldners
In: Festgabe der Bonner Juristen-Fakultät für
Paul Krüger S. 282 ff
Berlin 1911 |

XXXVI
ABKÜRZUNGEN

aA, AA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
Arch. f. Bürg. R.	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BGH	Bundesgerichtshof
in E	in der amtlichen Entscheidungssammlung für Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
in E	in der amtlichen Entscheidungssammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
in E	in der amtlichen Entscheidungssammlung
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJ	Deutsche Justiz - Rechtspflege und Rechtspolitik
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRPfl.	Deutsche Rechtspflege
E	amtliche Entscheidungssammlung
E I	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, 1. Lesung
E II	Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Lesung nach den Beschlüssen der Reichstagskommission
f.	für

Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZSchr.	Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen
h. A.	herrschende Ansicht
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
h. M.	herrschende Meinung
Hans. OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift, vormals Hanseatische Rechts-Zeitschrift und Hanseatische Gerichts-Zeitung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IdogmJB	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
idR	in der Regel
ieS	im engen Sinn
iS, iSv	im Sinn, im Sinn von
i. ü.	im übrigen
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiten Sinn
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KrVJSchr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Wissenschaft
KrZSchr.	Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechts- Wissenschaft
LM	Lindenmaier - Möhring, Nachschlagewerk für Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

XXXVIII

LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
Obst. Gerhof	Oberster Gerichtshof
OGHBZ in E	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone in der amtlichen Entscheidungssammlung
OLG in E	Oberlandesgericht in: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht - Rundschau für den Deutschen Juristenstand
RG in E	Reichsgericht in der amtlichen Entscheidungssammlung für Zivilsachen
S.	Seite
SA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sav. Ztg.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung - romanistische Abteilung
Seuff. Bl.	Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
Sp.	Spalte
vgl.	vergleiche
Warn., RG in	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
zB	zum Beispiel

zT

zum Teil

ZZP

Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß

Gegenstand der Arbeit ist die Untersuchung der Frage, wieweit der Besitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis für Zufall, insbesondere als Folge eines eingetretenen Verzuges, zu haften hat, einer Frage, die im Gesetz in § 990 Abs. II ¹⁾ nur scheinbar eine vollständige und befriedigende Antwort erhalten hat. Voranzustellen ist eine kurze Darstellung der Ausgangspunkte für die Untersuchung durch die Bestimmung der Zufallshaftung im BGB und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses mit seinen für die Haftung erheblichen Besonderheiten.

1. TEIL

BESTIMMUNG DER ZUFALLSHAFTUNG IM BGB SOWIE DES EIGENTÜMER-BESITZER- VERHÄLTNISSSES IN SEINER FÜR EINE ZUFALLSHAFTUNG ERHEBLICHEN AUSGESTALTUNG

§ 1¹ ZUFALLSHAFTUNG NACH DEM BGB

1. Zufallshaftung ist nach dem BGB die Verpflichtung, für einen nicht schuldhaft verursachten Schaden eintreten zu müssen ¹⁾. Sie stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Verschuldenshaftung, von dem das BGB ausgeht ²⁾, und eine Erweiterung der Haftung des Verpflichteten dar. Bei der reinen Verschuldenshaftung hat allen Zufallsschaden der Sachherr zu tragen, also regelmäßig der Eigentümer ³⁾ - nach dem Satz "casum sentit dominus" ³⁾. Zufallshaftung zugunsten des Sachherrn sieht das BGB im allgemeinen Schuldrecht bei Verzug, im Vertragsrecht sowie im Deliktsrecht vor. Im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis besteht keine besondere Vorschrift über eine Zufallshaftung; hier kommt es über die allgemein geltenden Vorschriften zu einer solchen Haftung.

1) die Vorschriften des BGB werden ohne den Zusatz "BGB" zitiert;

1) Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 10 a; vgl. v. Thur, S. 496;

2) von Thur, S. 496; Enneccerus-Nipperdey, S. 216 Anm. 13;

3) Heymann, aaO, S. 164, 169 ff; vgl. RG in JW 1905 S. 494; Enneccerus-Nipperdey, S. 208 I, S. 216 Anm. 13;

2. I. Im Recht des Verzugs bestimmt § 287 Satz 2 für das gesamte Schuldrecht, daß der Schuldner für die während des Verzugs eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist, sofern der dadurch eintretende Schaden nicht auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Dabei erfaßt § 287 Satz 2 jede Unmöglichkeit ordnungsgemäßer Leistung, so daß auch die zufällige Verschlechterung der zu leistenden Sache zur Haftung führt ⁴⁾. Wenn ein Schuldverhältnis besteht, und der Schuldner die Leistung, zu der er nach dem Schuldverhältnis verpflichtet ist, nach Fälligkeit trotz einer Mahnung des Gläubigers nicht rechtzeitig erbringt, kommt es zur Zufallshaftung nach §§ 284, 285 iVm 287 Satz 2. Nunmehr soll der Gläubiger so stehen, als wäre rechtzeitig geleistet worden, ohne daß ein Nichtverschulden des Verpflichteten noch von Bedeutung ist.

II. Im Vertragsrecht haben die Partner auf Grund der herrschenden Gestaltungsfreiheit die Möglichkeit, in jedem Vertragsverhältnis Haftung für Zufallsschäden zu vereinbaren ⁵⁾, sei es, daß der Schuldner dieser Haftung ohne weiteres ab Vertragsschluß unterliegen soll, sei es, daß der Eintritt einer gesetzlich vorgesehenen Zufallshaftung - etwa aus Verzug - von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen einer solchen Haftung - etwa nach §§ 284, 285 - abweichen. In einigen Fällen hat schon der Gesetzgeber das Schuldverhältnis mit der Zufallshaftung des Verpflichteten versehen; so haftet der Gastwirt nach § 701 Abs. I idF des Gesetzes vom 24. März 1966 für alle Schäden an eingebrachten Sachen des Gastes, weil er die Sache in seinen Gefahrenbereich übernimmt, und ebenso der Geschäftsführer wider Willen des Geschäftsherrn nach § 678, weil er schuldhaft vom Gesetz mißbilligte Handlungen vornimmt.

III. Für das Deliktsrecht bestimmt § 848, daß auch für zufälligen Untergang, aus anderem Grund eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder zufällige Verschlechterung der Sache verantwortlich ist, wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem anderen durch unerlaubte Handlung entzogen hat, es sei denn, das zufällige schädigende Ereignis wäre auch ohne Entzug der Sache eingetreten. Bei Bestehen eines "Deliktsverhältnisses" ⁶⁾ soll der Geschädigte nicht schlechter stehen, als hätte er den Besitz seiner Sache niemals verloren.

4) Palandt-Danckelmann § 287 Anm. 2; vgl. Biermann § 990 Anm. 6 b;

5) von Tuhr, S. 496;

6) mit diesem Begriff soll der in § 848 vorausgesetzte Zustand bezeichnet sein, der zur Zufallshaftung des im Sinn § 848 besitzenden "Deliktsbesitzers" führt; vgl. § 4 3 der Arbeit;

3. Die beiden gesetzlich ausgebildeten Formen der Zufallshaftung - aus Verzug und aus Delikt - unterscheiden sich abgesehen von ihrem Entstehungsgrund dadurch, daß der Schädiger nach § 848 unmittelbar auch der Zufallshaftung unterliegt, wohingegen der Schuldner in der Regel noch vom Gläubiger gemahnt werden muß, weil er die Sache vor Fälligkeit seiner Leistungspflicht besitzen darf, der Schädiger die entzogene Sache aber sofort herauszugeben hat ⁷⁾.

Davon abgesehen bestehen keine erheblichen Unterschiede zwischen der Zufallshaftung aus Delikt, aus Verzug und aus Vertrag. Es besteht jeweils ein Haftungsverhältnis, das mit Pflichten verbunden ist, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet; es sind dies die vertraglichen Pflichten, oder es ist die aus der unerlaubten Handlung entspringende Pflicht zur Wiedergutmachung des Schadens, insbesondere durch Rückgabe der unbeschädigten Sache gemäß § 249 Satz 1. Verschärft wird dieses Haftungsverhältnis durch Überwälzung der Gefahr auf den Haftenden bei Eintritt besonderer Umstände wie der Mahnung der fälligen Schuld oder des Erwerbs der Sache durch unerlaubte Handlung.

4. Mittelbar beruht diese Haftungsverschärfung bei Verzug und Deliktsbesitz auf schuldhaftem Verhalten. Schuldhaft wird ein Zustand geschaffen - der Verzug oder Deliktzustand -, der eine Ursache - als *conditio sine qua non* - für die spätere Haftung auch für zufällig eintretende Schäden ist. Das spätere zufällige Ereignis trifft die Sache in diesem Zustand, der damit Bedingung ⁸⁾, aber nicht *adaequat* kausale Ursache ⁸⁾ für die Schädigung ist. Zwei Kausalketten führen zu dem Zufallsschaden, von denen die eine schuldhaft in Gang gesetzt, aber nur kausal im weitesten Sinne ist ⁹⁾, eine andere - *adaequat* kausale - Bedingung

7) er befindet sich seit seinem Delikt in Verzug; in soweit gilt der aus dem römischen Recht stammende Satz "*semper enim moram fur facere videtur*" weiter, der für die *condictio furtiva* von Ulpian in VIII § 1 Digesten Lib. XIII Tit. 1 und von Tryphoninus in XX Digesten Lib. XIII Tit. 1 überliefert ist; vgl. Sintenis § 52 Anm. 40, Vangerow § 588 Anm. 3;

8) so von Tuhr S. 496; ebenso Staudinger-Berg § 989 Rdnr. 1, der von "Verursachung ohne Verschulden" spricht; u. ä. Birk in JZ 1963 S. 365, der für § 990 auf dessen Zweistufigkeit hinweist; die schuldhafte Erwerbshandlung rechtfertigt es, die spätere, an sich schuldlose Einwirkungshandlung als schuldhaft anzusehen; so Heymann, aaO S. 168; vgl. auch Oertmann in ZHR Bd. 78 S. 45; Paech S. 142, es wird gleichsam der Zustand der - gemeinrechtlichen - *perpetuatio obligationis* geschaffen, vgl. Mommsen S. 199, Vangerow II § 588 Anm. 3; Siber in JdogmJB Bd. 89 S. 20;

9) vgl. Enneccerus-Lehmann § 15 I, III 2;

aber nicht auf schuldhaftem Verhalten des Haftenden beruht⁸⁾. Somit findet auch die Zufallshaftung nach § 287 und § 848 ihre Rechtfertigung in einem schuldhaften Verhalten des Inanspruchgenommenen¹⁰⁾. Dem dieser Haftung zugrundeliegenden Schuldvorwurf entspricht bei der unmittelbar auf Vertrag beruhenden Zufallshaftung die freiwillige - vertragliche - Übernahme der vollen Verantwortlichkeit für einen Gegenstand oder das ebenso freiwillige Eingehen einer Verbindlichkeit, mit der eine Zufallshaftung verbunden ist.

5. Nach diesen Grundsätzen über die Zufallshaftung aus Delikt, Verzug oder Vertrag wird in allen den Rechtsgebieten gehaftet, in denen diese allgemeinen Regeln Anwendung finden, weil ihre Voraussetzungen unmittelbar gegeben sind, oder weil bei ähnlichen Tatbeständen auf sie verwiesen wird, wie etwa in §§ 818 Abs. IV, 819 auf das Verzugsrecht.

Gegenstand der Arbeit ist, wieweit es im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auf Grund der gezeigten Möglichkeiten nach diesen Vorschriften zur Zufallshaftung kommen kann. Vorab zu klären sind dabei drei Fragen:

- (1.) was ist Eigentümer-Besitzer-Verhältnis?
- (2.) welche Vorschriften der Rechtsbereiche Verzugsrecht, Vertragsrecht und Deliktsrecht sind im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis anwendbar?
- (3.) welche Eigentümlichkeiten weist das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auf, die auf eine Zufallshaftung Einfluß haben können?

§ 2 BESTIMMUNG DES EIGENTÜMER - BESITZER-VERHÄLTNISSES

1. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis¹⁾ ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer einer Sache und deren Besitzer, die dieser dem Eigentümer nach

8) siehe Seite 3

10) vgl. Palandt-Danckelmann § 287 Anm. 2; Siber, aaO, S. 20;

1) Begriff etwa bei Staudinger-Berg Rdnr. 2 vor 987, allerdings anders gebraucht als Definition des Verhältnisses auch zum rechtmäßigen Besitzer;

§ 985 herauszugeben hat, ohne sich gemäß § 986 darauf berufen zu können, die Sache auf Grund eigenen Rechts besitzen zu dürfen ²⁾. Ein Nichtberechtigter muß die Sache besitzen ³⁾; weil dann der Eigentümer mit seiner rei vindicatio gegen ihn durchdringt, besteht eine sogenannte Vindikationslage ⁴⁾. Diese bestimmt das Wesen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.

2. 1. Eine Vindikationslage liegt vor, wenn ein Rechtsverhältnis, das dem Besitzer rechtmäßigen Besitz vermitteln könnte, fehlt, weil eine wirksame Übereignung an den Eigenbesitzer nicht stattgefunden hat, oder ein dem Fremdbesitzer ein dauerhaftes Besitzrecht vermittelndes Besitzmittlungsverhältnis ⁵⁾ nicht wirksam besteht ⁶⁾. Unerheblich ist, aus welchen Gründen das Besitzmittlungsverhältnis unwirksam ist; insbesondere, ob es mit einem Nichteigentümer abgeschlossen ist, von dem der Eigenbesitzer allerdings bei gutem Glauben Eigentum erwirbt, so daß er nicht mehr aus § 985 in Anspruch genommen werden kann. Ebenso ohne Bedeutung für die Existenz der Vindikationslage ist es, ob der vom Eigentümer in Anspruch genommene Besitzer nur mittelbaren Besitz nach § 868 - kurz Oberbesitz genannt ⁷⁾ - hat, dem ein sogenannter Unterbesitzer ⁷⁾ den Besitz vermittelt, und der selbst seinen Besitz für einen Dritten, den Eigentümer oder einen Nichtberechtigten, nach § 871 ausübt.

- 2) daß die §§ 987 ff, die die Rechtsfolgen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses bestimmen, nur gegen den unrechtmäßigen Besitzer anwendbar sind, bei dem allein die Vindikationslage besteht, ist unstreitig. Vgl. etwa Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 164 ff; Lent S. 256 ff; Eichler S. 201, 203; Erman-Hefermehl Anm. 2 vor § 985, § 986 Anm. 1, Anm. 4 u. 5 vor 987 ff; ebenso sämtliche BGB-Kommentare; in der Literatur zuletzt etwa Birk im JZ 1963 S. 354; Raiser in JZ 1961 S. 125 u. 718; ebenso st. Rspr. etwa RG in E 101 S. 307 (309/10); BGH ständig, zuletzt in E 39 S. 186 (187) = LM 4 zu § 996 u. in E 41 S. 157 (158) = LM 5 zu § 996; OLG Celle in NJW 1962, S. 2303; eine mögliche - analoge - Anwendung der §§ 987 ff auf den berechtigten Besitzer, wie sie etwa Siber, Rechtszwang, S. 121, Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Rdnr. 2 vor § 987 ff und RG in DR 1944 S. 453 vorsehen, bleibt für die Arbeit außer Betracht;
- 3) Lent-Schwab § 45 II;
- 4) Begriff bei Raiser in JZ 1961 S. 530; vgl. Fikentscher § 102 V 2; Esser § 201 3 i spricht von einem Vindikationsverh.;
- 5) Besitzmittlungsverhältnis in dem hier gebrauchten Sinn ist nicht nur ein schuldrechtlich wirksames Rechtsverhältnis, sondern jedes Rechtsverhältnis, das rechtswirksam Besitz vermittelt; vgl. Schönfeld in JZ 1959 S. 302/303;
- 6) Erman-Hefermehl Anm. 5 vor 987 ff;
- 7) diese Begriffe verwendet z.B. Schönfeld in JZ 1959 S. 302/303; auch Palandt-Hoche § 986 Anm. 1;

II. Für den Unterbesitzer, der einem mittelbar besitzenden Nichteigentümer den Besitz vermittelt, besteht nach §§ 985/86 die Vindikationslage, wenn er gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hat ⁸⁾. Er, der immer Fremdbesitzer ist, leitet sein Recht zum Besitz von dem Eigentümer durch mindestens zwei Besitzmittlungsverhältnisse ab, deren jedes fehlerhaft sein kann. Die Vindikationslage liegt einmal vor, wenn sein Oberbesitzer nicht besitzberechtigt ist. Dann fehlt regelmäßig auch dem Unterbesitzer das Besitzrecht, mag auch das Besitzmittlungsverhältnis mit dem Oberbesitzer obligatorisch wirksam sein ⁹⁾. Der Unterbesitzer kann nur auf Grund seines guten Glaubens ein dingliches Besitzrecht erwerben, das auch dem Eigentümer gegenüber wirkt ¹⁰⁾.

III. Des weiteren kann eine Vindikationslage bestehen, falls der besitzberechtigte Oberbesitzer die Sache nicht einem Unterbesitzer überlassen darf ¹¹⁾. Eine solche Einschränkung des Verfügungsrechts über die Sache erfolgt durch schuldrechtliche Vereinbarung. Sie kann somit nur einen Oberbesitzer treffen, der als Fremdbesitzer für den Eigentümer besitzt. Die Besitzüberlassung verletzt dann das Vertragsverhältnis und kann schuldrechtliche Folgen haben, insbesondere kann sie der Grund für eine Aufhebung des Besitzmittlungsverhältnisses zwischen Eigentümer und Oberbesitzer sein, womit dessen Besitzberechtigung endet. Solche - schuldrechtlichen - Vereinbarungen wirken zwar nur zwischen den Vertragspartnern und insofern nicht gegen den Unterbesitzer, der zu dem Eigentümer nicht in vertraglichen Beziehungen steht, sie beschränken jedoch das Besitzrecht des Oberbesitzers, von dem der Unterbesitzer sein Recht ableiten will ¹²⁾.

§ 986 Abs. I S. 2 bestimmt für diesen Fall, daß der Eigentümer von dem Unterbesitzer unmittelbar Herausgabe seiner Sache an sich oder den Oberbesitzer verlangen kann. Steht aber dem Eigentümer der Herausgabeanspruch aus § 985 gegen den Unterbesitzer zu, so besteht eine Vindikationslage. Daß der Unterbesitzer die Sache möglicherweise dem Oberbesitzer zurückgeben muß, ist dabei ebenso ohne

8) Erman-Hefermehl § 991 Anm. 1;

9) so: Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 12 vor § 987; Schönfeld in JZ 1959 S. 302/303; Motive S. 406 = Mugdan S. 226;

10) vgl. Staudinger-Berg Rdnr. 7 vor 987; Erman-Hefermehl § 986 Anm. 2 a;

11) vgl. Staudinger-Berg Rdnr. 7 vor 987; Erman-Hefermehl § 986 Anm. 2 b; Imlau in MDR 1957 S. 265; Kunze S. 117 Anm. 1;

12) Schönfeld in JZ 1959 301 bringt das zum Ausdruck, indem er von einem "beschnittenen" Besitzrecht des Oberbesitzers spricht;

Bedeutung, wie die etwaige Wirksamkeit des Besitzmittlungsverhältnisses zwischen Ober- und Unterbesitzer. Allein die Leistungspflicht dem Eigentümer gegenüber begründet die Vindikationslage.

IV. Letztlich kann eine Vindikationslage bestehen, wenn der Oberbesitzer besitz- und überlassungsberechtigt ist, ein rechtswirksames Besitzmittlungsverhältnis ¹³⁾ zwischen ihm und dem Unterbesitzer aber fehlt ¹⁴⁾. Anders als in dem Fall des § 986 Abs. I Satz 2 hat der Oberbesitzer seine obligatorischen Pflichten wie die Beschränkungen seines dinglichen Rechts eingehalten; der Unterbesitzer dagegen hat kein Recht zum Besitz, da das Besitzmittlungsverhältnis unwirksam ist, das ihm allein ein solches vermitteln könnte. Auf Verlangen des Oberbesitzers hätte er diesem die Sachen herauszugeben. Ob auch der Eigentümer den Herausgabeanspruch geltend machen kann, ist damit noch nicht entschieden ¹⁵⁾. Seine Rechte ergeben sich aus § 985.

Anspruchsgegner des Eigentümers als unrechtmäßiger Besitzer kann nach § 985 einerseits allein derjenige sein, dessen Besitzrechtsmangel seinen Grund in der Unwirksamkeit des Rechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und Oberbesitzer hat, wie andererseits jeder Besitzer, dem eine wirksame Rechtsgrundlage für seinen ausgeübten Besitz fehlt, gleichviel aus welchem Grund. Dem entspricht eine jeweils verschiedenartige Ausgestaltung des Eigentümeranspruches. Es kann § 985 iVm § 986 nur einen eingeschränkten Anspruch für den Eigentümer gewähren, der auf das geltend gemachte Besitzrecht nicht zugunsten eines Dritten - zeitweilig - verzichtet hat, wie in der Vorschrift auch ein unbeschränkter Anspruch gegen jeden Besitzer enthalten sein kann, der kein eigenes Recht zum Besitz der Sache hat, gleichgültig, ob einem Dritten ein solches Recht zusteht.

Die erste, § 985 einschränkende Auslegung ¹⁶⁾ berücksichtigt anscheinend in ausreichender Weise die Interessen des Eigentümers. Hat dieser einem Oberbesitzer die obligatorisch unbeschränkte Verfügungsmacht über den Besitz der Sache, kurz ein obligatorisch unbeschränktes Besitzrecht ¹⁷⁾, übertragen, so

13) in dem oben dargelegten weiten Sinn;

14) der Unterbesitzer hat die Sache etwa dem Oberbesitzer entwendet; vgl. Erman-Hefermehl § 986 Anm. 4;

15) Die Frage ist streitig, vgl. Schönfeld in JZ 1959 S. 301;

16) so Schönfeld in JZ 1959 S. 302/303 mit ausführlicher Begründung;

17) zu der Ungenauigkeit der Formulierung "Überschreiten eines Besitzrechts" vgl. unten § 2 4 II bei der Lehre vom Nicht-so-Berechtigten;

werden seine Rechte nicht mehr durch eine rechtsunwirksame Überlassung der Sache an einen Unterbesitzer berührt¹⁸⁾. Seine rechtlichen Interessen werden durch die Pflichten des Oberbesitzers ihm gegenüber aus ihrem Rechtsverhältnis gewahrt. Erst wenn der Oberbesitzer ein ihm nur beschränkt eingeräumtes Besitzrecht überschreitet, hat der Eigentümer ein unmittelbares Interesse am Einschreiten, weil seine Rechte unmittelbar verletzt werden¹⁶⁾. Bei einer solchen Auslegung des § 985 enthält § 986 Abs. I Satz 2 den einzigen Fall, in dem der Eigentümer den Besitzer, der sein Besitzrecht nicht unmittelbar von ihm ableitet, in Anspruch nehmen kann.

Diese Auslegung engt jedoch den Begriff "Besitz" in § 985 in einer Weise ein, die sich nicht aus der Vorschrift selbst ergibt, sondern das Ergebnis einer Abwägung der Interessen des Eigentümers und des Besitzers nach § 985 und § 986 ist. Ausgangspunkt für die Auslegung des § 985 muß jedoch diese Vorschrift selbst als anspruchsbegründende Norm sein. § 986 kann nur ergänzend zur Auslegung herangezogen werden.

§ 985 will den rechtmäßigen Zustand herstellen¹⁹⁾; danach steht der Besitz der Sache dem Oberbesitzer zu, der allein ein Besitzrecht hat. Die Sachherrschaft aber liegt weiterhin als Ausfluß des Eigentums bei dem Eigentümer. Dieser kann, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, über die Sache verfügen, und alle Rechte aus dem Eigentum geltend machen. Dieser rechtlichen Stellung des Eigentümers wird die Auslegung der §§ 985/986 in der zweiten, ausdehnenden Weise gerecht. Der Anspruch des Eigentümers besteht nach § 985 gegen jeden Besitzer, auch den zum Besitz Berechtigten. Denn § 985 sagt nichts über die fehlende Berechtigung des Besitzers als Anspruchsvoraussetzung²⁰⁾. Das Recht zum Besitz gibt dem Besitzer nach § 986 nur die Möglichkeit, dem Herausgabeanspruch entgegenzutreten. Will der Besitzer von dieser Möglichkeit nach § 986 keinen Gebrauch machen, indem er etwa als Mieter auf sein Recht an der gemieteten Sache verzichtet, so steht dem Anspruch des Eigentümers aus § 985 nichts entgegen. Der Unterbesitzer kann diesem unbeschränkten Eigentumsanspruch nicht entgegen treten, wenn er kein Recht zum Besitz hat.

Auf irgendein dem Eigentümer gegenüber bestehendes Besitzrecht eines Dritten kann sich der Unterbesitzer nach § 986 nicht berufen²¹⁾; er kann die Herausgabe

18) AA: Lübtow in AcP Bd. 150 S. 257;

19) vgl. Westermann § 30 II 3 b; Planck-Brodmann Anm. 1 a vor § 985;

20) Siber, Rechtszwang, S. 136;

21) aA Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 986 Anm. 12;

der Sache nur verweigern, wenn er auf Grund "seines Rechts" - wie es § 986 Abs. I Satz 1 fordert - die Sache besitzen darf ²²⁾, allerdings braucht er sein Recht nicht von dem Eigentümer erworben zu haben ²³⁾. § 986 Abs. I Satz 2 bedeutet damit keine Anspruchserweiterung für den Eigentümer, sondern stellt klar, daß der Eigentümer nur den rechtmäßigen Zustand herstellen darf und daher dem besitzberechtigten Oberbesitzer die Sache zu überlassen hat. Gegen jeden die Sache ohne wirksame Rechtsgrundlage innehabenden Besitzer besteht die Vindikationslage.

V. Somit besteht eine Vindikationslage, wenn ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer fehlt, wenn der Oberbesitzer, von dem der unmittelbare Besitzer sein Recht ableitet, kein Besitzrecht oder kein Besitzüberlassungsrecht hat, oder wenn lediglich ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis zwischen Oberbesitzer und Unterbesitzer fehlt. Gegenüber einem berechtigten Besitzer besteht niemals eine Vindikationslage; gegen ihn kann der Eigentümer Ansprüche nicht auf die §§ 987 ff stützen.

3. Vindikationslagen entstehen, wenn ein Recht zum Besitz niemals bestand; wenn ein solches Recht zwar bestand, aber rückwirkend oder für die Zukunft entfallen ist ²⁴⁾, führt der Wegfall des Besitzrechts ebenfalls zur Vindikationslage.

4. Die bisher getroffenen Feststellungen gelten auch für die "Sonderfälle" des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.

22) § 986 Abs. 1 S. 2 gilt dann: Palandt-Hoche § 986 Anm. 4;

23) aa außer Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen aaO; RGRK-Johannsen § 991 Anm. 12, Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2 und Schönfeld in JZ 1959 S. 302/303, dessen These, § 986 I 2 stelle nicht auf die Rechtswirksamkeit des Verhältnisses Oberbesitzer - Unterbesitzer ab, jedoch nicht begründet ist; dagegen - im Ergebnis wie hier -: Palandt-Hoche § 986 Anm. 3 a (gegen Schönfeld); Westermann § 30 II 3 b; Erman-Hefermehl § 986 Anm. 4 (auf Grund eines a maiore ad minus Schlusses aus § 986 I 2); Raiser in JZ 1958 S. 683 und JZ 1961 S. 683 Anm. 1 im Gegensatz zu Wolff-Raiser § 84 IV 1 b; beim mehrstufigen Besitz entscheidet daher nicht bereits das erste Glied der Besitzerkette über die Vindikation, wie Schönfeld aaO meint;

24) streitig, vgl. die Ausführungen unter § 2 4 I;

I. Nicht-mehr-Berechtigter ist der nichtberechtigte Besitzer, bei dem sein Recht zum Besitz für die Zukunft entfallen ist ²⁵⁾. Dabei ist das die Besitzberechtigung vermittelnde Rechtsverhältnis nicht identisch mit dem Kausalschuldverhältnis, auf Grund dessen das Recht zum Besitz besteht. Dies kann bei einem einfachen Auslaufen des ursprünglichen Kausalverhältnisses fortbestehen. Wenn etwa ein Leihvertrag befristet geschlossen und vereinbart wird, der Eigentümer solle sich seine Sache nach Fristablauf abholen, so endet zu diesem Zeitpunkt das Leihverhältnis; bis sich der Eigentümer meldet, hat der Besitzer die Sache aber für ihn als Verwahrer und damit als Berechtigter inne ²⁶⁾. Sein Besitzrecht erlischt erst mit dem Herausgabeverlangen des Eigentümers, dem er kein eigenes Recht mehr entgegenhalten kann ²⁷⁾. Läuft das Kausalverhältnis dagegen weiter, weil der Vertrag stillschweigend verlängert wird, wie etwa in § 565 a, so bleibt der Besitzer besitzberechtigt.

Eine Nicht-mehr-Berechtigung nach §§ 985/986 ist gegeben, wenn der Eigentümer seine Sache herausverlangen kann, weil der Besitzer schon im Zeitpunkt der Forderung des Eigentümers unrechtmäßig geworden ist, oder weil er durch dies Verlangen unrechtmäßig wird. Regelmäßig liegt der zweite Fall vor, etwa bei dem Verwahrer oder dem Finder, soweit er kein Zurückbehaltungsrecht hat. Sie besitzen als rechtmäßige Besitzer, müssen die Sache aber auf Verlangen herausgeben. Leisten sie nun sofort, so werden sie nicht erst unrechtmäßig, also auch keine nicht-mehr-berechtigten Besitzer. Der weitere, eigentliche Fall einer Nicht-mehr-Berechtigung ist, daß das Kausalgeschäft ausläuft und der Besitzer aus ihm verpflichtet ist, die Sache dem Eigentümer ohne Aufforderung als Bringschuld zurückzugeben. Unterläßt der Besitzer das, so verliert er sein Recht zum Besitz. Ein solcher Fall liegt aber nur selten vor, da er der Verkehrssitte widerspricht, nach der kurzfristige stillschweigende Verlängerungen geschlossener Verträge anzunehmen sind.

25) so Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Anm. 1 vor § 987; Staudinger-Berg Rdnr. 6 vor § 987, § 990 Rdnr. 1; RGRK-Johannsen § 989 Anm. 3; vgl. - so - Erman-Hefermehl § 986 Anm. 2 b; Palandt-Hoche Anm. 1 a vor § 987 1 a vor § 987 ff; Scherk aaO S. 364; anderer Ansicht ist möglicherweise Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 17 vor § 987, der auf ihn wegen Vorrangs des Vertragsverhältnisses nicht §§ 987 ff anwendet; fraglich aber ist, ob er ihn für berechtigt hält;

26) darauf weist Siber IdogmJB Bd. 89 S. 21 Anm. 1 hin;

27) Erman-Hefermehl, Anm. 5 vor § 987; Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 163;

II. Nicht-so-Berechtigter ²⁸⁾ ist ein rechtmäßiger Besitzer, der die schuldrechtliche Einschränkung seines Verfügungsrechts über die Sache nicht einhält, kurz, der sein Besitzrecht überschreitet ²⁹⁾, oder ein anderes, als das vereinbarte Recht ausübt. Da rechtmäßiger Eigenbesitzer der Eigentümer ist ³⁰⁾, dem keine privatrechtlichen Schranken des Besitzrechts auferlegt sind, ist der nicht-so-berechtigte Besitzer ein Fremdbesitzer. Als rechtmäßiger Fremdbesitzer hat er ein Besitzrecht, das besagt, daß er die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausüben darf. Diese Herrschaft ist nicht teilbar in einen Besitz, den er ausüben darf, und einem solchen, der ihm nicht untersteht. Der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft ist eine unteilbare Einheit ³¹⁾. Die Überschreitung der schuldrechtlichen Schranken des Rechts macht den Besitz nicht insoweit unrechtmäßig ³²⁾. Der Nicht-so-Berechtigte bleibt berechtigter Besitzer, für den keine Vindikationslage besteht ³³⁾. Allerdings kann die Verletzung des Kausalverhältnisses die Beendigung der Besitzberechtigung nach sich ziehen.

III. Exzessbesitzer ist der vermeintlich nicht-so-berechtigte Fremdbesitzer, der, ohne besitzberechtigt zu sein, an die Existenz eines solchen Rechts

-
- 28) Westermann § 32 I; vgl. Raiser in JZ 1951 S. 718 und Festschrift Wolff S. 133/34 (Anm. 41 und 43); gegen die Erforderlichkeit dieses Besitztypus: Staudinger-Berg Rdnr. 8 vor § 987;
- 29) Dietz S. 190 ff, 193 prangert zu Recht die Ungenauigkeit eines "Überschreitens des Besitzrechts" an; das Besitzrecht kann nicht überschritten werden, nur die schuldrechtliche Erlaubnis zur Verfügung über die Sache; es soll jedoch, da sich der Begriff eingebürgert hat, vom Überschreiten der schuldrechtlichen Besitzberechtigung die Rede sein, im Gegensatz zu dem rein dinglichen Besitzrecht;
- 30) Siber, Passivlegitimation, S. 253;
- 31) Die Sache wird ihm als Einheit "zugeordnet", vgl. Westermann § 30 I 1;
- 32) §§ 987 ff also auch nicht anwendbar auf ihn; so ausführlich begründet bei Dietz S. 190 ff, 193; vgl. zum Ganzen: Planck-Brodmann § 990 Anm. 2 a; so: Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 1; Erman-Hefermehl Anm. 7 vor § 987 im Gegensatz zu Erman-Peters § 990 3; so: Schneider in MDR 1955 718; Raiser in JZ 1961 S. 125 und Festschrift Wolff S. 133/134 (Anm. 41 und 43); vgl. Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 17 vor § 987;
- 33) anderer Ansicht Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Rdnr. 1 vor § 987; einschränkend Scherk aaO S. 365, insoweit sollen §§ 987 ff gelten, als der Besitzer nicht persönlich rückgabepflichtig ist, dann gehe Vertragsrecht vor - Anm. 1 S. 365; aA auch Müller, Festschrift Lent S. 179; RGRK-Johannsen, § 989 Anm. 3, der ihn - § 990 Anm. 15 - konsequenterweise auch als redlich ansehen will;

glaubt und diese vermeintliche Besitzberechtigung überschreitet. Er ist nichtberechtigter Besitzer, für den seit dem Fehlen seines Besitzrechts eine Vindikationslage besteht ³⁴⁾.

IV. Eine Unterart des nicht-so-berechtigten Besitzes ist der Eigenbesitz, der durch unrechtmäßige Umwandlung ursprünglich ausgeübten Fremdbesitzes entsteht ³⁵⁾. War schon der Fremdbesitz unrechtmäßig, so liegt ein besonderer Fall eines Exzesses vor; auch der neubegründete Eigenbesitz bleibt unrechtmäßig. War der Fremdbesitz rechtmäßig und ist nur die Umwandlung in Eigenbesitz rechtswidrig, so handelt der Umwandelnde als Nicht-so-Berechtigter. Es besteht aber eine für die Haftung erhebliche Besonderheit zum Nicht-so-Berechtigten.

Bei diesem wie dem Exzeßbesitzer wird lediglich das Kausalverhältnis verletzt, die Art des ausgeübten Besitzes aber nicht geändert. Der Besitzer bleibt - vermeintlicher - fremdbesitzender Mittler für den Eigentümer. Bei einer Besitzumwandlung dagegen kommt es nicht nur zu einer Verletzung des Kausalverhältnisses, sondern darüberhinaus zu einem Eingriff in die bestehenden Besitzrechte von Eigentümer und Fremdbesitzer, der ihr Wesen verändert.

Jeder Fremdbesitz wird durch mittelbaren Eigenbesitz ergänzt, den regelmäßig der Eigentümer als Oberbesitzer ausübt. So verhält es sich auch bei dem unrechtmäßigen Fremdbesitzer, solange er für den Eigentümer besitzen will. Es besteht dann ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinn von § 868, das vom tatsächlichen Willen der Beteiligten abhängig ist und daher auch bei rechtlich unwirksamem Kausalgeschäft wirksam sein kann ³⁶⁾. Besteht dieses Besitzmittlungsverhältnis bei einfacher Besitzrechtsüberschreitung fort, so entfällt es, wenn ein Fremdbesitzer Eigenbesitz ergreift. Der Fremdbesitzer entzieht dem Eigentümer dessen mittelbaren Eigenbesitz und erweitert das ihm zustehende beschränkte Besitzrecht zu einem unbeschränkten Recht. Da dies nur durch Entzug des Oberbesitzes mög-

34) aa ist Heck § 69 2, nach ihm soll ein Überschreiten der Schranken des putativen Rechts zur Schlechtgläubigkeit gemäß § 990 I 2 und zur Haftung nach § 990 führen; ähnlich auch Imlau in MDR 1957 S. 264/65, der als echten Exzeß nur den des Nicht-so-Berechtigten ansieht, während der vermeintlich Nicht-so-Berechtigte ohnehin als Unrechtmäßiger hafte; dies trifft nicht zu; in der - für die Haftung erheblichen - Vorstellung des Besitzers können Schranken seiner Berechtigung bestehen, die er bewußt oder unbewußt zu überschreiten meint;

35) vgl. BGH in E 31 S. 129 (132) = LM 8 zu § 990 = JZ 1961 S. 124;

36) nur gewährt es dem unrechtmäßigen Fremdbesitzer kein Recht zum Besitz;

lich ist, begründet er neuen Besitz, der ihm bisher nicht zustand ³⁷⁾.

Diese Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdbesitz bedeutet keine Begriffsjurisprudenz ³⁸⁾. Sie bedeutet vielmehr die folgerichtige Konsequenz aus einer Rechtslage, die der Gesetzgeber durch Einführung der beiden Besitzarten als selbständig nebeneinander bestehende Rechtsformen geschaffen hat ³⁹⁾; der Gesetzgeber geht auch im Strafrecht von der Verschiedenheit beider Besitzarten aus; so wie zum Diebstahl Eigenbesitzbegründung erforderlich ist, so stellt andererseits die Unterschlagung den Tatbestand der Besitzumwandlung dar ⁴⁰⁾.

Somit wird auch der rechtmäßige Fremdbesitzer der zu Unrecht den mittelbaren Eigenbesitz an sich zieht, zum unrechtmäßigen Besitzer, für den eine Vindikationslage entsteht ⁴¹⁾. Der Eigentümer kann von ihm Einräumung des mittelbaren Eigenbesitzes durch Anerkennung seines Oberbesitzes verlangen.

37) ein weiterer - nach Dietz S. 194 einziger - Unterschied liegt in der Einstellung des Besitzers zum Besitzrecht selbst;

38) wie Raiser im JZ 1961 S. 125 meint, der allein auf die Kontinuität der tatsächlichen Sachherrschaft abstellt;

39) so: BGH in E 31 S. 129 (134) = LM 8 zu § 990;

40) wie hier Dietz S. 193, der von "qualitativ verschiedenem" Besitz spricht, den Umwandlungsbesitz auch als unrechtmäßigen Besitz ansieht, dennoch eine Vindikationslage nicht anerkennt, noch die §§ 987 ff anwendet (S. 195); allein § 992 wendet er an (S. 212/213);

wie hier wohl auch Westermann § 31 III 2 b, wenn er dem BGH aaO zustimmt und bei Umwandlung von berechtigtem Fremd- in unberechtigten Eigenbesitz auch § 990 angewendet wissen will, sofern der Besitzer bei der Umwandlung bösgläubig ist; die Anwendung von § 990 setzt voraus, daß der Besitzer nunmehr unrechtmäßigen - Eigen- -Besitz ausübt, den er dem Eigentümer nach §§ 985/986 zurückzugewähren hat;

41) aa: Siber, Passivlegitimation S. 248; Lent-Schwab § 45 IV 4; Staudinger-Berg § 992 Randnr. 1, sein Argument, der Unterschlagende erlange keinen Besitz, sondern gebe ihn gerade auf, vermag ebensowenig zu überzeugen wie die - unbegründete - These, es komme auf die natürliche, nicht juristische Besitzverschaffung an; Soergel-Siebert- Mühl § 992 Rdnr. 1; Dietz S. 193 - 195 Raiser in JZ 1961 S. 125 wohl auch Weimar in MDR 1959 S. 94;

wie hier: Erman-Hefermehl § 990 Anm. 2 a; Palandt-Hoche Anm. 2 b bb vor § 987; Bolze S. 112/113; BGH in Anmerkung 39; wohl auch Bunsen aaO S. 436 Anm. 1, der den Unterschlagenden nach § 990 haften lassen will und somit dessen Unrechtmäßigkeit voraussetzt; -Forts. S. 14 -

V. Als Ergebnis bleibt, daß die Überschreitung einer schuldrechtlich beschränkten Besitzberechtigung keinen Einfluß auf das Recht zum Besitz hat, solange nicht der Besitzer seinen bisherigen Fremdbesitz in Eigenbesitz umwandelt. Dann entsteht eine Vindikationslage.

§ 3 GELTENDE VORSCHRIFTEN IM EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS

1. Als Grundsatz für die Regelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gilt, daß die Vorschriften der §§ 987 ff anwendbar sind, wenn eine Vindikationslage besteht¹⁾. Die Regelung der Haftung des Besitzers nach § 987 ff erfaßt aber nicht alle möglichen Haftungsfälle und führt mehrfach zu unbefriedigenden Ergebnissen²⁾. Ein vollständiges und weitgehend interessengerechtes Haftungssystem besteht, wenn der Besitzer außer nach §§ 987 ff auch nach den allgemeinen Vorschriften des BGB

Fortsetzung der Fußnote 41)

nach gemeinem Recht, dem das Recht der §§ 987 ff nachgebildet worden ist - soweit bei der Schaffung des BGB nicht bewußt andere Entscheidungen getroffen worden sind, sollten die Regeln des gemeinen Rechts im Eigentümer-Besitzer-Recht weitergelten; diese geben daher im Zweifel den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der §§ 987 ff wieder, vgl. unten § 7 C 2 II und § 7 Anm. 107 -, entstand ebenfalls eine Vindikationslage, vgl. v. Wächter, Pandekten, § 143 Beilage II A III (S. 183);

- 1) das ist nicht unstreitig; zu den verschiedenen anderen Ansichten vgl. :
zum Nicht-so-Berechtigten; oben § 2 4 II
zum Nicht-mehr-Ber. : unten § 3 2 II
zu von Caemmerers Ansicht, S. 154 Anm. 42, daß die §§ 987 ff ausgeschlossen sein sollen, wenn der Eigentümer Ansprüche aus Leistungskondition nach § 812 hat, : unten § 7 A 4 II
zu Soergel-Siebert-Mühls Auffassung - Rdnr. 17 vor § 987 -, daß die §§ 987 ff nicht anwendbar seien, wenn ein gestörtes Rechtsverhältnis nach den allgemeinen Regeln abzuwickeln sei; unten § 3 4 II;
- 2) darauf weisen hin; Heck § 68 11; Julius von Gierke § 39 V; RGRK - Johansen § 987 Anm. 2 und 3; Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 14 vor § 987; Siebert in DGWR 140 S. 242; die Regelung in §§ 987 ff ist nicht vollständig, vgl. RG in E 101 S. 307 (352); Furtner in MDR 1962 S. 96;

haftet. Für die Zufallshaftung kommen dann die Vorschriften des besonderen Vertragsrechts, des Verzugsrechts, des Bereicherungsrechts und des Deliktsrechts in Betracht.

2. I. Durch Vertragsrecht kann das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nur geregelt sein, wenn die Vindikationslage darauf beruht, daß bei einem Nicht-mehr-Berechtigten die Besitzberechtigung ausgelaufen ist. Haben vertragliche Beziehungen niemals bestanden, oder sind getroffene Vereinbarungen mit Rückwirkung entfallen, kann es zu keiner Konkurrenz des Vertragsrechts mit dem Recht der §§ 987 ff kommen ³⁾.

II. Beim Nicht-mehr-Berechtigten entfallen mit der Besitzberechtigung nicht auch die vertraglichen Abmachungen. Das Vertragsrecht enthält Vorschriften für die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses, wenn der Vertragszweck, etwa die Besitzüberlassung an den Vertragspartner, erfüllt ist. Nach diesem Zeitpunkt gelten die vertraglichen Regelungen weiter bis zur Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses, oder es kommen besondere Vorschriften für die Abwicklung zum Zuge. Ein solches besonderes Abwicklungsrechtsverhältnis ist für das dingliche Besitzrecht nicht denkbar, das nur als vollständiges Recht existieren kann, welches die Sache einer Person zuordnet. Während der Abwicklungszeit erfolgt die Zuordnung noch an den Besitzer oder schon an den Eigentümer. Die damit mögliche Konkurrenz vertraglicher Abwicklungsvorschriften mit dem Recht des Vindikationsverhältnisses für die Zeit nach Wegfall des Besitzrechts ist ausgeschlossen, sieht man mit Siber und Raiser in § 985 eine Vorschrift, die nur subsidiäre Geltung hat, wenn andere, nicht auf dem Eigentum beruhende Ansprüche auf Herausgabe der Sache nicht bestehen ⁴⁾. Gegen den Nicht-mehr-Berechtigten hat der Eigentümer den vertraglichen Herausgabeanspruch, der den dinglichen Anspruch auf § 985 und die ihn ergänzenden Nebenansprüche der §§ 987 ff ausschließt.

3) so; Siber, Passivlegitimation S. 251; vgl. Eichler S. 201 (Anm. 68); Sohm-Mitteis § 54 S. 312;

4) so Siber, Rechtszwang S. 119, 120, 130; Passivlegitimation S. 233 ff, 248 ff; Raiser in Wolff-Raiser § 84 I 2, Anm. 3, IV 1 a; Festschrift Wolff S. 123 ff, S. 139, in JZ 1958 S. 683, JZ 1961 S. 530, JZ 1951 S. 718; Goldmann-Lilienthal § 49 Anm. 3; Fikentscher § 102 V 3 d (mit anderer Begründung); Dagegen; Lent S. 293; Dietz S. 182 ff (mit ausführlicher Begründung); Lent-Schwab § 44 II;

Für diese Auslegung des § 985 durch Siber spricht, daß ein Nebeneinanderbestehen beider Anspruchsgruppen ⁵⁾ als überflüssig erscheint, zumal Vertragsrecht und Vindikationsrecht im wesentlichen gleich ausgebildet sind ⁶⁾. Wie im Vertragsverhältnis ist Gegenstand des Leistungsverhältnisses nach den §§ 987 ff der Anspruch auf Herausgabe einer Sache ⁷⁾; Vereitelung und Verletzung dieses Anspruchs verpflichtet in beiden Rechtsgebieten zum Schadensersatz ⁷⁾; in gleicher Weise ist für den Anspruch des Eigentümers wie des Gläubigers die Beweislast verteilt. Dem stehen nur geringe Verschiedenheiten, wie bei der Dauer der Verjährungszeit ⁸⁾, gegenüber. Diese Gleichheit hat ihren Grund darin, daß mit der Regelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses der Gesetzgeber in erster Linie Vorschriften für die Haftung des - unrechtmäßigen - Besitzers schaffen wollte, bei dem vertragliche Bestimmungen fehlen ⁹⁾, die ihm ein Besitzrecht mitsamt obligatorischer Berechtigung geben können und sollen. Diese fehlenden Bestimmungen soll das Recht der §§ 987 ff ersetzen ¹⁰⁾.

Fehlt die Notwendigkeit einer Anspruchs Konkurrenz, so müßten, wie Siber fordert, die §§ 987 ff dem Vertragsrecht weichen, weil vertragliche Rechte einem Gläubiger nicht abgeschnitten werden können, nur weil er auch Eigentümer ist. Vertragliche Vorschriften gelten zwischen den Parteien, solange das Vertragsverhältnis wirkt ¹¹⁾.

-
- 5) sowohl der Primäranspruch aus § 985 wie der Sekundäranspruch aus §§ 987 ff; so Siber Passivlegitimation S. 233, vgl. auch S. 238;
- 6) Lent S. 259; Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 14;
- 7) vgl.: Achilles-Greif-Leiss Anm. A II 1 vor § 986, § 989 Anm. 5; RGRK Johannsen § 989 Anm. 4; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 1; Ebbecke, LZ 1917, Sp. 835; Wolff-Raiser § 85 Anm. 28; vgl. auch § 11 der Arbeit;
- 8) vgl. Dietz S. 189, 190 (Anm. 19);
- 9) so von Caemmerer aaO S. 154 Anm. 42;
- 10) als "Notordnung" - so Raiser in JZ 1961 S. 530/31
so; Fikentscher § 102 V 3 d; Fikentschers Bedenken gegen eine Bevorzugung des Nicht-mehr-Berechtigten nach § 993 I 2 iVm § 992 vor der Deliktshaftung schlagen insoweit nicht durch, als der nicht-mehr-berechtigte Besitzer als Fremdbesitzer bei jeder schuldhaften Pflichtverletzung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis als Exzeßbesitzer haftet;
- 11) mag auch der Vertragspartner als Besitzer nicht mehr berechtigt sein; Baur § 11 B I 2, II; im Ergebnis so; Siber Rechtszwang S. 130; wie hier; Dietz S. 186; so ist auch die für Wolff-Raiser § 84 Anm. 3 entscheidende Überlegung für ihre Auffassung vom Vorrang des Vertragsverhältnisses; vgl. auch Planck-Brodmann Anm. 3 vor § 985;

Diese Auffassung Sibers berücksichtigt jedoch nicht, daß der Gläubiger auch Eigentümer ist ¹²⁾. Warum ihm, weil er Gläubiger seines Besitzers ist, die Rechte als Eigentümer nicht zustehen sollen, ist nicht ersichtlich ¹³⁾. Ihm gegenüber besteht vielmehr, wenn er Eigentümer ist, eine Vindikationslage, die dem Berechtigten nach dem Gesetz den Herausgabeanspruch aus § 985 als Primäranspruch und damit auch die Nebenansprüche der §§ 987 ff als Sekundäransprüche gewährt. Ein Ausschluß allein der Nebenansprüche trotz Bestehens der Vindikationslage, wie es u. a. Lent ¹⁴⁾ fordert, ist ebenfalls nicht gerechtfertigt ¹⁵⁾. Aus dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, daß dem Eigentümer bei einer Vindikationslage zwar der dingliche Herausgabeanspruch, nicht aber die vindikatorischen Nebenansprüche zustehen sollen, weil der Eigentümer dann zweierlei obligatorische Ansprüche, aus Vertrag und aus Gesetz nach den §§ 987 ff, geltend machen könnte. Wie für den Herausgabeanspruch aus § 985 ist auch für die Nebenansprüche aus den §§ 987 ff nach dem Gesetz Voraussetzung allein das Bestehen einer Vindikationslage ¹⁶⁾. Auf diese Weise werden die Interessen des Eigentümers geschützt, der immerdie in den §§ 987 ff niedergelegten Mindestrechte auf Grund seines Eigentums haben soll ¹⁷⁾, soweit er sein Recht nicht vertraglich eingeschränkt hat. Laufen die vertraglichen Beziehungen aus, die durch Einräumung eines Besitzrechts zugunsten des Vertragspartners sein Eigentum beschränken, erhält er wieder seine

-
- 12) Siber Passivlegitimation S. 230 Anm. 1 sagt vielmehr, daß der Vindikationsanspruch dem Eigentümer nur als einziger oder gar nicht zustehen kann, nicht aber zusammen mit einem Vertragsanspruch; er setzt den vertragslosen Zustand voraus; vgl. aber Dietz S. 181;
- 13) dazu Planck-Brodmann Anm. 3 vor § 985, der sich ausführlich mit Siber und Lent - siehe unten - auseinandersetzt; ebenso Dietz S. 180;
- 14) Lent S. 258, 291/92/93; ebenso Münzel in NJW 1961 S. 1379; Schneider in MDR 1955 S. 718 Anm. 7; von Caemmerer S. 154 Anm. 42; Baur § 11 B I 2, II, bei denen aber nicht immer deutlich wird, ob sie Siber oder Lent folgen wollen und die §§ 987 ff zusammen mit § 985 ausschließen oder nur § 985 ohne die Nebenansprüche aus § 987 ff anwenden wollen; noch weiter geht Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 14 vor § 987, der die Anwendung der §§ 987 ff, nicht aber den § 985 auf den unrechtmäßigen Besitzer beschränken, der sich in keinem Abwicklungsverhältnis befindet, in das ein gestörtes Schuldverhältnis übergegangen ist; vgl. auch Raiser in Festschrift Wolff S. 140;
- 15) so Dietz S. 189, aber auch Siber Passivlegitimation S. 237 (auch Rechtszwang S. 135), weil der Eigentümer zwei Primäransprüche, aber nur einen Sekundäranspruch hätte, der Vindikationsanspruch würde zu einem "Anspruchstorso mit nur einer primären Richtung";
- 16) Erman-Hefermehl Anm. 1 c vor § 985;
- 17) so: Enneccerus-Lehmann § 56 2 a;

unbeschränkte Eigentümerstellung und die mit dieser Stellung verbundenen Rechte 18).

3. Die Verzugshaftung setzt ein schuldrechtsähnliches Haftungsverhältnis¹⁹⁾ voraus. Auf Grund persönlicher Beziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger müssen dem Schuldner Pflichten in Bezug auf den Leistungsgegenstand des Vertragsverhältnisses auferlegt sein, deren Verletzung zur Schadensersatzleistung führen soll - §§ 284, 285 iVm §§ 286, 287. Die bisher als Wesen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses festgestellte Vindikationslage sagt nichts über das Bestehen eines Haftungsverhältnisses aus. Für die Vindikationslage ist - allein - entschei-

- 18) so Westermann, § 30 I 2 und II, wo er sagt, bei Konkurrenz des Anspruchs aus § 985 mit einem Anspruch aus Vertrag sei keiner der Ansprüche stärker; ebenso Erman-Hefermehl, Anm. 6 vor §§ 987 ff; im Ergebnis wie hier; Erman-Hefermehl, Anm. 1 vor § 985, § 990 Anm. 6 mit der Einschränkung, daß Sondervorschriften Vorrang haben; Lehle S. 24; Lent-Schwab § 45 V 1; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Rdnr. 1 vor § 987, der wohl übersieht, daß beim Nicht-mehr-Berechtigten vertragliche Regeln neben dem § 987 ff möglich sind; Staudinger-Berg § 985 Rdnr. 1 a, Rdnr. 6 vor § 987 ("Fall echter Anspruchskonkurrenz"), § 990 Rdnr. 1; RGRK-Johannsen § 990 Anm. 3 sagt; Vertragshaftung bleibt bestehen auch wenn sie im Gesetz nicht ausdrücklich vorbehalten ist, das ist ein Übersehen des Gesetzgebers; Rosenthal-Kamnitzer-Bohnenberg § 985 Anm. II; Palandt-Hoche Anm. 3 a aa vor § 985, 1 a vor § 987, er weist darauf hin, daß der Besitzer sich nur auf ein bestehendes Besitzrecht berufen könne; ausführlich; Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 164 ff; Scherk aaO. S. 362/64; Dietz S. 189, 190 Anm. 19, ausführlich gegen Lent, er weist darauf hin, daß sich Vertragsrecht nicht mit Vindikationsrecht deckt; BGH in NJW 1964 S. 2414 und E 34 S. 122 = LM 2 zu § 647; LG Saarbrücken in NJW 1965 S. 1966 mit zustimmender Anm. von Knappmann in NJW 1966 S. 251/52; daß infolge dieser Anspruchskonkurrenz keine unerträglichen Verhältnisse zwischen der Regelung nach den §§ 987 ff und dem Abwicklungsverhältnis entstehen, wie Raiser in JZ 1963 S. 530 befürchtet, zeigt § 9 4 II, 5 der Arbeit; wie hier war auch die Regelung im gemeinen Recht; vgl. Wächter Pandekten § 143 II;
- 19) Paech S. 11, 28; Endemann § 137 I; Weyl Verschuldensbegriffe S. 75, 491; Westermann § 31 IV spricht von einem "Verpflichtungsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer";

dend, ob der Besitzer einer Sache dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Für das Haftungsverhältnis dagegen kommt es auf die Art und den Umfang der Berechtigung an; diese richtet sich nach dem Kausalverhältnis, das dem Besitz und damit letztlich auch der Vindikationslage möglicherweise oder aber nur vermeintlich zugrunde liegt. Das Haftungsverhältnis enthält den schuldrechtlichen Ausbau der dinglichen Vindikationslage. Betrifft diese die Zuordnung einer Sache zu einer bestimmten Person ²⁰⁾, so regelt jenes die persönlichen Beziehungen bestimmter Personen zueinander, die auf Grund einer einmal vorhanden gewesenen Zuordnung einer Sache zu ihnen entstanden sind. Daher besagt die Vindikationslage auch nur, daß der Eigentümer Herausgabe einer Sache verlangen kann, solange er ihr Eigentümer und der in Anspruch Genommene ihr Besitzer ist. Ihr Verhältnis zueinander erschöpft sich in ihrer Beziehung zu der Sache; persönliche Pflichten des Besitzers sind mit der bloßen Vindikationslage nicht verbunden; die Herausgabepflicht aus § 985 ist keine persönliche, sondern eine sachbezogene Verpflichtung ²¹⁾.

Ein Haftungsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer entsteht erst, wenn diese durch die Zuordnung einer Sache zu ihnen gekennzeichneten und mit der Zuordnung bereits erschöpften Beziehungen erweitert werden durch persönliche Bindungen des Besitzers an den Eigentümer, die unabhängig von der Fortdauer des Besitzes wirken ²²⁾, indem dem Besitzer unter den Voraussetzungen der §§ 987 ff Obhutspflichten für die fremde Sache auferlegt werden ²³⁾, deren Verletzung ihn wegen der damit verbundenen Beeinträchtigung des Herausgabeanspruchs Schadensersatzpflichtig macht ²⁴⁾. Im einzelnen entstehen solche Pflichten für den Besitzer, wenn er auf Herausgabe der Sache verklagt wird - gemäß § 989 -, unredlich ist - gemäß § 990 - oder sich die Sache auf unrechtmäßige Weise

20) vgl. Westermann § 30 I 1;

21) zum ganzen; Planck-Brodmann Anm. 1 a und b vor § 985; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 985 Rdnr. 8;

22) Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Rdnr. 5 vor § 987, § 990 Rdnr. 3; RGRK Johansen § 990 Anm. 4;

23) so Siber IdogmJB Bd. 89 S. 18; Crome III § 417 II 1 a; Planck-Brodmann Anm. 1 b vor § 985, § 990 Anm. 1; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 1; Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 195 und Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 4, so für den unredlichen Besitzer; vgl. RG in SA Bd. 76 Nr. 69; etwas aa: Goldmann-Lilienthal § 51 I, der schon in § 985 ein Legalschuldverhältnis sieht;

24) vgl. vorstehend Anm. 7;

verschafft hat - gemäß § 992 - 25). Diese Umstände machen aus dem Besitzer, der lediglich zur Herausgabe der fremden Sache in ihrem jeweiligen Zustand verpflichtet ist, einen Schuldner, der dem Eigentümer für den unverschlechterten Fortbestand der Sache haftet, und begründen damit ein Haftungsverhältnis in Form eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ²⁶⁾; auf dieses sind bei Verzögerung der Leistung die Regeln über den Verzug anwendbar, wie das § 990 Abs. 2 zum Ausdruck bringt, wenn er, was ohnehin selbstverständlich ist ²⁷⁾, den unredlichen

- 25) Crome III § 417 II 1 a; RG in SA Bd. 76 Nr. 69; vgl. RGRK Johannsen § 989 Anm. 4, § 990 Anm. 3; mag er auch als verklagter Besitzer redlich sein; OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4; Schneider in MDR 1955 S. 719; Motive S. 403 = Mugdan S. 224 sagen u. a.: "die Kenntnis der Fremdheit rechtfertigt die Verbindlichkeit"; das galt schon im gemeinen Recht; vgl. Windscheid-Kipp I § 193 Anm. 8, und im preußischen Recht für den unredlichen Besitzer; vgl. Förster-Eccius III § 165 Anm. 46;
- 26) Dernburg Sachenrecht § 120 IV spricht von einem "an sich schuldrechtlichen Anspruch"; Heck § 67 1 sagt: alle Probleme des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sind bereits im Schuldrecht entschieden; ebenso Biermann Anm. vor 987; "sie gehören in das Recht der Schuldverhältnisse"; wie hier: Verhältnis der §§ 987 ff als reines oder im wesentlichen schuldrechtliches Verhältnis; heute ganz h. M.; vgl. etwa Kuhlenbeck Einführung S. 556; Eichler S. 209; Hedemann III § 29 IV; Siber Rechtszwang S. 97; Fuchs S. 29 und alle BGB-Kommentare; zuletzt etwa Birk in JZ 1963 S. 354; Westermann § 32 IV 2 d sagt, "das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sei ein dem Schuldverhältnis so ähnliches Verhältnis, daß auch Verzug möglich sein müsse", vgl. auch § 31 I 1; so; BGH in E 32 S. 53 (55) = LM 3 zu § 166; Böhmer S. 255 spricht von "dem Schuldrecht nachgebildeten dinglichen Ansprüchen"; einschränkend zum ganzen; Lent S. 259/60, er hält das Vindikationsverhältnis für ein Schuldverhältnis, das jedoch nicht unter §§ 275 ff fällt; ebenso Motive S. 395 = Mugdan S. 220; so schon im gemeinen Recht; vgl. Arndts § 113 S. 165; Vangerow § 160 S. 248; anderer Ansicht: Mommsen S. 78;
- 27) so Westermann § 2 II 3; Siber Rechtszwang S. 99; Enneccerus-Lehmann § 1 II 2, § 51 II 1; Peters in AcP Bd. 153 S. 461; Baur S. 11 C I 3 b aa; Horstmann S. 33; Fuchs S. 30/31/65; vgl. auch; Loewenwarter § 990; Planck-Brodmann § 990 Anm. 4; RGRK-Johannsen § 985 Anm. 21; aA: RG in SA Bd. 67 S. 157, § 990 Abs. 1 erfasse nicht Verzugshaftung; Weyl Verschuldensbegriffe S. 78 Anm. 3 und in Archiv f. bürgerl. R. Bd. 14 S. 127 hält eine ausdrückliche Verweisung für notwendig; ähnlich Heck § 32 6; Endemann § 138 1 hält nur eine analoge Anwendung des Verzugsrechts für zulässig; vgl. Denkschrift S. 137 = Mugdan S. 928;

Besitzer dem Verzugsrecht unterstellt²⁸⁾.

4. Nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts wäre das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu regeln, enthielte das Gesetz nicht die Vorschriften der §§ 987 ff und fehlten vertragliche Bestimmungen²⁹⁾. Bereicherungsrecht und Vindikationsrecht stehen als Notordnungen nebeneinander, sind jedoch verschieden ausgestaltet. Der Eigentümer hat gegen den nicht berechtigten Besitzer ein unbeschränktes Recht auf Herausgabe, der Entreicherte dagegen hat lediglich den Anspruch auf die bei dem Kondiktionsschuldner noch vorhandene Bereicherung. Die Gegenleistung des Besitzers bei Austauschgeschäften mit dem Eigentümer führt im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu einem Zurückbehaltungsrecht des Besitzers, auf Grund dessen ihm ein Besitzrecht zusteht, das dem Herausgabeanspruch des Eigentümers entgegensteht³⁰⁾; im Bereicherungsrecht dagegen verringert die Gegenleistung den Anspruch nach den §§ 812/818. Ein weiterer Unterschied liegt nach allgemeiner Meinung in der Ausgestaltung der Haftung des Bereicherungsschuldners nach §§ 818 Abs. 4 iVm § 292 im Gegensatz zu der Haftung des Prozeßbesitzers nach § 989. Auf diese andersartige Regelung des Bereicherungsrechts soll der Eigentümer nach dem Willen des Gesetzgebers seine Rechte nicht gründen, wenn er einen Besitzer seiner Sache in Anspruch nimmt³¹⁾. Nur wenn der

- 28) so schon - allgemein gehalten - in den Motiven S. 398/99 = Mugdan S. 22; Siber IdogmJB Bd. 89 S. 18 sagt: "aus einem reinen Auskehrungsanspruch wird nun ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch, der der Steigerung durch Verzug zugänglich ist"; im Einzelfall können die Verzugsvorschriften natürlich ausgeschlossen sein, vgl. RGRK-Johannsen § 993 Anm. 1; Erman-Hefermehl § 985 Anm. 1 a;
- 29) insoweit ist bei der Untersuchung mit Heck - § 67 I - vom "schuldrechtlichen Hintergrund des Eigentümer-Besitzer-Rechts" auszugehen;
- 30) so: Westermann § 30 II 3 a; Türcke-Niedenführ-Winter § 986 Anm. 8; Biermann § 990 Anm. 1 (der Besitzer soll aber trotz seiner Rechtmäßigkeit unredlich sein können); Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 986 Rdnr. 7; RGRK Johannsen § 990 Anm. 16; Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 11 vor § 987, vgl. aber auch § 990 Anm. 8; Palandt-Hoche § 986 Anm. 2; OLG Dresden in OLGE Bd. 34 S. 189; OLG Stettin in HRR 1932 Nr. 1923; RG in Warn. Bd. 36 Nr. 143 = JW 1936 S. 2912, 6; aaA: Warneyer-Bohnenberg § 987; Erman-Hefermehl Anm. 5 vor § 987 entgegen Erman-Peters § 985 Anm. 11; Siber Rechtszwang S. 119; Raape aaO S. 67, der jedoch sagt, daß das Zurückbehaltungsrecht Verzug ausschließt - S. 168;
- 31) so: Biermann Anm. vor § 987; Wurzer aaO S. 54; Siebert in ZAkDR 1940 S. 269; Schneider in MDR 1955 S. 718; Motive S. 395 = Mugdan 220;

ehemalige Eigentümer auf Grund eines nicht mehr wirksamen Kausalverhältnisses auch sein Eigentum verloren hat, soll der Interessen- und Rechtsausgleich nach Bereicherungsrecht vor sich gehen ³²⁾.

An dieser Ausschließung des Bereicherungsrechts durch das Eigentümer-Besitzer-Recht hält die Rechtsprechung ³³⁾ und ein Teil der Literatur ³⁴⁾ fest und versucht, Lücken, die die Regelung in den §§ 987 ff enthält, aus diesen Vorschriften selbst zu ergänzen. Der überwiegende Teil der Literatur erklärt dagegen, um befriedigende Lösungen erreichen zu können, das Bereicherungsrecht neben dem Vindikationsrecht nach §§ 987 ff anwendbar ³⁵⁾.

Ausgangspunkt für jede Auslegung der §§ 987 ff muß aber die Forderung des Gesetzgebers nach ausschließlicher Sonderregelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses durch die §§ 987 ff sein; dieser Grundsatz darf nur durchbrochen werden, wenn das Eigentümer-Besitzer-Recht keine gerechten Lösungen der entstehenden

32) §§ 987 ff stellen eine in sich geschlossene Sonderregelung dar; vgl. für alle: RGRK-Johannsen § 987 Anm. 3;

33) die darauf hinweist, daß es so Wille des Gesetzgebers gewesen sei, und daß nicht auszugleichen, sondern mit Rechtsgrund erworben sei, was nicht nach §§ 987 ff auszugleichen sei, da §§ 987 ff erschöpfend seien; RG in JW 1912 S. 690, 16, in SA Bd. 75 Nr. 212, in E 101 S. 307 (309/10); zeitweilig aA in E 129 S. 307 (310-12); dann wieder wie früher in E 133 S. 283 (286), E 137 S. 206 (209 - 11) E 163 S. 148 (151/52); ebenso OLG Kiel in JW 1934 S. 850 und OLG Dresden in DRpfl. 1939 Beilage Nr. 176; so auch BGH in E 14 S. 7 (8) = LM 5 zu § 818; E 41 S. 157 (158) = LM 5 zu § 996; auch in LM 1 zu § 817 = JZ 1951 S. 716;

34) Landsberg § 181 I 3 a; Cosack-Mitteis § 55 III; Siméon § 95 I 4 a; Heck § 68 I; Siber Rechtszwang 130; Bunsen aaO S. 436/37; Biermann Anm. vor § 987; § 993 Anm. 2 b; Loewenwarter § 990; Müller BGB § 987 Anm. 1 a; Warneyer-Bohnenberg § 987; Achilles-Greiff-Leiss Anm. B vor § 986; RGRK-Johannsen § 987 Anm. 3, § 993 Anm. 1; Palandt-Hoche Anm. 2 vor § 987; Becker in NJW 1954 S. 787; Imlau in MDR 1957 S. 263; Otto von Gierke S. 29; vgl. auch Baur § 11 B II 2; Lent-Schwab § 45 V 3; natürlich gilt dies nur, soweit die Voraussetzungen der §§ 987 ff gegeben sind; § 816 etwa ist anwendbar; Imlau aaO, Bunsen aaO, Weimar in MDR 1959 S. 269; Lübtow in AcP Bd. 150 S. 255; Spreckelsen in DJ 1940 S. 655; RG in JW 1910 S. 810, 25; in JW 1912 690, 16; in SA Bd. 75 Nr. 212; in E 101 S. 307 (309/10); BGH in E 14 S. 7 (8) = LM 5 zu § 818 Abs. 3;

35) siehe dazu: § 7 A 4 I, II der Arbeit;

Probleme ermöglicht ³⁶⁾.

5. Gleiches muß für das Deliktsrecht gelten, das der Gesetzgeber im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nur im Rahmen des § 992 angewendet wissen wollte. Ob und wann der unrechtmäßige Besitzer darüberhinaus unmittelbar aus § 848 für Zufallsschäden haftet, muß die Untersuchung der Haftung des Deliktsbesitzers zeigen ³⁷⁾.

6. Zusammenfassend ist festzustellen: Im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis kann Vertragsrecht nur für den Nicht-mehr-Berechtigten neben den §§ 987 ff gelten; Verzugsrecht gilt, wenn ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem - ehemaligen - Besitzer besteht; Bereicherungs- und Deliktsrecht sind auf jeden Fall insoweit ausgeschlossen, als das Vindikationsrecht bereits ausreichende Lösungen der Haftungsprobleme ermöglicht; ob darüberhinaus auf die Anwendung beider Rechtsgebiete im Vindikationsrecht verzichtet werden kann, ist nur im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden.

§ 4 HAFTUNGSErHEBLICHE AUSGESTALTUNGSARTEN DES BESITZES IM EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS

Verschieden ausgestaltet ist die Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis je nach der Art des ausgeübten Besitzes, nach dem Verhalten des Eigentümers gegenüber dem Besitzer und nach der Einstellung des Besitzers zu seiner vermeintlichen Besitzberechtigung.

1. Jeder Besitz ist Eigen- oder Fremdbesitz. Da rechtmäßiger Eigenbesitzer regelmäßig der Eigentümer ist, muß der unrechtmäßige Eigenbesitzer die Sache als Eigentümer besitzen wollen; wohingegen der nichtberechtigte Fremdbesitzer die Sache für einen Dritten, sei er Eigentümer, sei er Nichteigentümer,

36) so will Siebert in DGWR 1940 S. 243 die §§ 987 ff ausgelegt sehen; ebenso hält Heck § 68 11 unter diesen Umständen eine Anwendung der schuldrechtlichen Grundsätze für notwendig;

37) siehe dazu unten § 11 der Arbeit;

innehaben will. Von dieser Unterscheidung geht auch das Gesetz aus ¹⁾; wenn einerseits § 993 eine Vorschrift ist, die mit ihrer strengen Ausschließlichkeit uneingeschränkt nur für den Eigenbesitzer gelten kann, so zeigt andererseits § 991 Abs. 2, der nur den Fremdbesitzer trifft, daß auch für diesen das Eigentümer-Besitzer-Recht gilt ¹⁾.

2. Einfluß auf die Haftung kann haben, wie § 991 Abs. 2 zeigt, daß der Besitzer seinen Besitz nicht unmittelbar dem Eigentümer, sondern als Unterbesitzer einem Oberbesitzer, der nicht der Eigentümer ist, vermittelt ²⁾.

3. Hat der Besitzer die Sache durch unerlaubte Handlung oder verbotene Eigenmacht erlangt, so unterliegt er als sogenannter Gewaltbesitzer ³⁾ neben der Haftung aus den §§ 989 - 991 nach § 992 auch der Haftung aus unerlaubter Handlung.

1) für beide gilt das Eigentümer-Besitzer-Recht;

so Westermann § 31 III 2 b; Baur § 11 B I 3; Planck-Brodmann § 993 Anm. 1 b; Müller BGB § 987 Anm. 1 a; Staudinger-Berg Rdnr. 6 vor § 987; Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 12 vor § 987; Erman-Hefermehl § 985 Anm. 3 und Anm. 1 vor § 987 ff; Palandt-Hoche Anm. 1 a vor § 987; Imlau in MDR 1957 S. 263, der betont, daß die §§ 987 ff in erster Linie auf den Eigenbesitzer zugeschnitten seien; Wolff-Raiser § 85 III 5; RG in LZ 1931 S. 249/50 = SA Bd. 85 Nr. 12;

aa: ohne weitere Begründung; Warneyer-Bohnenberg § 989, der die §§ 989 - 991 Abs. 1 nur auf den Eigenbesitzer anwenden will;

RGRK Johannsen § 987 Anm. 1 und Siebert in DGWR 1940 S. 244 wollen die §§ 987 ff uneingeschränkt nur auf den Eigenbesitzer und den Fremdbesitzer, der sich im Rahmen seines Besitzrechts hält, anwenden;

vgl. auch Motive S. 396 = Mugdan S. 221, Protokolle S. 341 = Mugdan S. 674;

2) für beide gelten §§ 987 ff; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 985 Rdnr. 20;

3) Ausdruck von Cosack-Mitteis § 55 II 5; Erman-Hefermehl Anm. 9, 4 vor §§ 987 ff, Palandt-Hoche Anm. 3 a vor § 987 und Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 1 vor § 987 bezeichnen ihn als Deliktsbesitzer; dieser Ausdruck soll jedoch dem Besitzer nach § 848 vorbehalten bleiben;

4. Für die Abgrenzung des Eigentümer-Besitzer-Rechts zum Bereicherungsrecht kann weiterhin entscheidend werden, ob der Besitz willentlich vom Eigentümer oder einem Nichteigentümer oder ob er gegen jeden Willen des Vorbesitzers erlangt ist.

5. Die §§ 989/990 zeigen ferner Unterschiede in der Haftungsausgestaltung, je nachdem der Eigentümer den Besitzer auf Herausgabe der Sache verklagt - zum sogenannten Prozeßbesitzer ⁴⁾ gemacht - oder noch nichts gegen ihn unternommen hat.

6. Die für die Haftung bedeutsamste Unterscheidung ⁵⁾ der Besitzer ist die nach ihrem guten oder bösen Glauben oder - was dasselbe bedeutet - nach ihrer Redlichkeit oder Unredlichkeit. Zwar werden diese Begriffe, die über das gemeine Recht aus dem römischen Recht überkommen sind ⁶⁾, nicht alle im Gesetz gebraucht; es umschreibt sie aber, wenn es in der Haftungsvorschrift des § 990 Abs. 1 iVm § 932 Abs. 2 den Besitzer, der den Mangel seines Rechts kannte oder grobfahrlässig nicht kannte, demjenigen gegenüberstellt, der diesen Mangel allenfalls aus leichter Fahrlässigkeit verkannte.

I. a. Der unrechtmäßige Besitzer hat die fremde Sache herauszugeben, weil er dem Herausgabeanspruch des Eigentümers kein eigenes Recht auf Besitz entgegenhalten kann. Diese Herausgabeverpflichtung allein zur Voraussetzung der Haftung für Verschlechterung oder Untergang der fremden Sache zu machen, bedeutete für den Besitzer eine unzumutbare Härte, der an sein Recht an der fremden Sache glaubt und mit ihr aus diesem Grund wie mit einer eigenen nachlässig oder fahrlässig umgeht. Solches Verhalten führte bereits infolge leichtfahrlässigen Verkennens der Rechtslage zur Verschuldenshaftung, obwohl dem Besitzer dieselbe Nachlässigkeit beim Erwerb einer fremden Sache von einem Nichtberechtigten nach § 932 Abs. 2 nicht schadete. Um hier einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen, tritt zu der objektiven Haftungsvoraussetzung des Be-

4) Ausdruck von Cosack-Mitteis § 55 II 6; Heck § 67 5; Erman-Hefermehl Anm. 9, 2 vor §§ 987 ff; Palandt-Hoche Anm. 3 a vor § 987;

5) so; Cosack-Mitteis § 55 II; Westermann § 32 II; Siber Passivlegitimation S. 252; Erman-Hefermehl Anm. 4 vor §§ 987 ff;

6) vgl.: Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 33; Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 7;

stehens einer Vindikationslage die Unredlichkeit des Besitzers als regulierendes subjektives Haftungselement. Die Unredlichkeit drückt die subjektive Einstellung ⁷⁾ des Haftenden zu den Umständen, die objektive Haftungsvoraussetzung sind, sowie ihre Beurteilung durch das Gesetz ⁸⁾ aus.

b. Objektive Haftungsvoraussetzung ist das Bestehen einer Vindikationslage; dementsprechend erfordert die Redlichkeit für die Freistellung von der Haftung den Glauben an das Nichtbestehen einer solchen Vindikationslage ⁹⁾; dieser Glaube kann in zweierlei Weise auftreten: in dem Glauben, daß kein fremdes Recht an der Sache bestehe ¹⁰⁾, wie in der Überzeugung, selbst das Recht an der Sache inne zu haben ¹¹⁾. Der Unterschied könnte insoweit bedeutsam werden, als ein überaus gewissenhafter Besitzer, der kein fremdes Recht an der Sache kennt, dennoch zögern könnte, von seiner eigenen Berechtigung überzeugt zu sein ¹²⁾; ebenso könnte ein Besitzer zwar ohne Schuld das fremde Recht nicht kennen, sein Glaube an die eigene Berechtigung aber könnte schuldhaft sein ¹³⁾. § 986 bestimmt insoweit, welcher Glaube für die Redlichkeit erforderlich ist ^{13a)}. Die Vindikationslage besteht nicht, weil ein Dritter, etwa der Eigentümer, ein Recht an der Sache hat, sondern weil der Besitzer kein eigenes Recht an ihr hat, das er dem Eigentümer entgegenhalten kann. Redlichkeit als subjektive Entsprechung der objektiven Rechtslage erfordert

7) Reichel S. 16 spricht von "Bewußtseinslage";

8) vgl.: Cosack-Mitteis § 55 II; Hedemann § 29 III der 2. Aufl. spricht von "dem moralischen Verhalten des Besitzers", das der Gesetzgeber berücksichtigt; vgl. auch Motive S. 395 = Mugdan 220, die sagen, daß der "Tatbestand des unredlichen Besitzes allein auf den Zustand der Sache verbunden mit der Wissenschaft um die Fremdheit der Sache" abstellt;

9) vgl. dazu die bei Anm. 15 genannten Stellen;

10) so schon nach preußischem Recht; vgl. Förster-Eccius III § 163 S. 104 (Anm. 3); vgl.: Kunze S. 114 (Anm. 2);

11) vgl. Stillschweig S. 76; Reichel S. 24; Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 26; so Oertmann in JW 1926 S. 1811;

12) Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 27;

13) Stillschweig S. 76;

13a) die folgenden Ausführungen über Voraussetzung, Wesen und Wirkung der Redlichkeit als subjektiver Voraussetzung der Haftung sind erforderlich für die spätere Untersuchung, welchen Einfluß die Rechtshängigkeit auf die Redlichkeit haben kann, und inwieweit auf diese Weise die Rechtshängigkeit zur Zufallshaftung des redlichen Prozeßbesitzers führen kann, vgl. unten § 7 B;

somit den Glauben ¹⁴⁾ an die eigene Berechtigung ¹⁵⁾.

Dieser Glaube trifft aber notwendigerweise mit der Überzeugung von dem Fehlen fremder Rechte zusammen, wenn die Begriffe "fremdes" und "eigenes" Recht genau bestimmt werden. Die Definition muß davon ausgehen, daß die Redlichkeit sich auf das Recht zum Besitz beziehen muß, das der Besitzer ausüben will. Bis auf den Besitzer, der weiß, daß er nicht berechtigt ist, und der daher unbedingt unredlich ist, will jeder Besitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis den Besitz als Berechtigter ausüben. Jedes Besitzrecht besteht aber in seiner Eigenart nur einmal ¹⁶⁾; es ist bei dem Eigentümer ein unbeschränktes, wenn auch oft nur mittelbares, bei einem Miteigentümer möglicherweise ein nur beschränktes Eigenbesitzerrecht; bei den anderen Besitzern ist es ein Fremdbesitzerrecht für einen Oberbesitzer oder den Eigentümer. Dieses individuelle Besitzrecht kann nicht zwei sich gegenüberstehenden Personen gleichzeitig zustehen ¹⁷⁾. So steht dem Eigentümer als Oberbesitzer nicht das unmittelbare Besitzrecht des berechtigten Unterbesitzers zu wie diesem nicht das mittelbare Eigenbesitzerrecht. Der Glaube, dieses individuelle Besitzrecht inne zu haben, setzt damit notwendigerweise die Überzeugung voraus, daß einer dritten Person dieses Recht nicht zustehe. Auch umgekehrt glaubt der Besitzer, wenn er diese Überzeugung hat, an sein eigenes Besitzrecht; denn er will, solange er redlich ist, die Sache zu Recht besitzen und muß daher auch glauben, an ihr berechtigt zu sein. Somit ist Redlichkeit die mit der Unkenntnis von fremden, dem eigenen Recht entgegenstehenden, Rechten an der Sache

14) bzw. die "Überzeugung", so Kuhlenbeck Einführung S. 558; Siméon § 95 Anm. 9;

15) so herrschende Meinung: vgl.: Stillschweig S. 77; Reichel S. 24; Dietz S. 187 Anm. 12; Kunze S. 114; Siber Rechtszwang S. 119; Buhl S. 77; Bunsen S. 432 Anm. 2; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 533; Siebert in DGWR 1940 S. 242; Ledermann in JW 1926 S. 2074; Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 165 Anm. 3; Lent-Schwab § 45 II 1; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 990 Rdnr. 3; RGRK-Johannsen § 990 Anm. 8; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 6; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 2 b; Palandt-Hoche § 990 Anm. 1; auch Josef in Seuff. Blätter 1913 S. 33 (Anm. 2); und ständige Rechtsprechung, vgl. RG in JW 1928 2438 = HRR 1928 Nr. 1297; BGH in E 16 S. 259 (263) = LM 3 zu § 990; E 26 S. 256 (258) = LM 6 zu § 990;

16) das gilt auch, wenn man - wie im früheren preußischen Recht - ein "besseres" Recht zum Besitz anerkennt; vgl. Förster-Eccius III § 63 S. 104;

17) insoweit anderer Ansicht; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 537, der offensichtlich zwei nebeneinanderstehende Besitzrechte - aus Eigentum und aus § 826 - anerkennen will; in dem von ihm beschriebenen Fall besteht jedoch neben dem Besitzrecht aus § 826 gar kein Recht aus Eigentum auf unmittelbaren Besitz;

verbundene Überzeugung der eigenen Berechtigung an ihr ¹⁸⁾).

c. Wenn § 990 indirekt auf § 932 Abs. 2 verweist ¹⁹⁾, so wirkt diese Verweisung nur modifiziert. Der gute Glaube in § 990 bezieht sich nicht wie in § 932 Abs. 2 unmittelbar auf das Eigentum ²⁰⁾, weder das eigene, noch des Rechtsvorgängers; denn der rechtliche Mangel in den §§ 985/86 ist nicht das fehlende Eigentum, sondern das fehlende Besitzrecht ²⁰⁾. Nur mittelbar bezieht sich der Glaube des Besitzers insoweit auf das Eigentum, als jedes wirksame Besitzrecht auf das Eigentum zurückgeht, von dem es abgeleitet ist ²¹⁾.

Der Eigenbesitzer muß glauben, als Eigentümer zu besitzen ²²⁾, so daß er vermeintlich Eigentum erworben haben muß; insoweit wird auch der Glaube an das Eigentum des Rechtsvorgängers erheblich ²³⁾. Der für den Eigentümer besitzende Fremdbesitzer muß glauben, von diesem ein Besitzrecht erworben zu haben ²⁴⁾.

18) Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 27 meint, daß "vielfach" beides zusammen-
treffe;

19) so: Heck § 68 2 b, b; Westermann § 32 II 2 b; Schlegelberger-Vogels-
Spreckelsen § 990 Rdnr. 3; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 2 b; vgl. Bunsen
aaO S. 433 Anm. 2;

20) wie hier: Cosack-Mitteis § 55 II 1; Eichler S. 203; Westermann § 32 II 2 a;
RG JW 1926 S. 1811, 3 = LZ 1926 Spalte 1071/72 mit Anmerkung von Le-
dermann in JW 1926 S. 2074; KG in JW 1934 S. 435; OLG Frankfurt in MDR
1959 S. 578; vgl. Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 990 Rdnr. 3; RGRK-
Johannsen § 990 Anm. 8; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 2 b;
wie hier auch; Motive S. 403 = Mugdan S. 224;
aA: Siber Passivlegitimation S. 234/52/53; vgl. auch in IdogmJB Bd. 89
S. 10, der infolge seiner Auffassung, der gute Glaube müsse sich auf das
Eigentum beziehen, zu diffizilen Unterscheidungen bei der Redlichkeit ge-
nötigt ist, vgl. auch in Rechtszwang S. 119, wo Siber offensichtlich der An-
sicht der h. M. ist;

ungenau: Warneyer-Bohnenberg § 990, wenn er sagt, der gute Glaube bezie-
he sich nicht auf das Eigentum, sondern das Recht zum Besitz; ebenso Soer-
gel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 6;

21) richtigerweise sagt KG in JW 1934 S. 435, daß die Redlichkeit nicht das
Eigentum betreffen muß, worauf es aber praktisch immer hinauslaufe; vgl.
Reichel S. 16, für den bösgläubig ist, wer um den Mangel der Verfügungs-
befugnis seines Rechtsvorgängers weiß oder wissen sollte; vgl. auch Josef in
Seuff. Blätter 1913 S. 33 Anm. 2;

22) Heck § 68 2 b, c; Lent S. 270;

23) Bunsen aaO S. 433 Anm. 2; BGH in E 16 S. 259 (263) = LM Anm. 3 zu § 990;

24) Heck § 68 2 b, c; vgl. Bunsen S. 432 Anm. 2;

Ist er Unterbesitzer für einen Nichteigentümer, muß er, um von der Wirksamkeit seines Besitzrechts überzeugt sein zu können, sein vermeintliches Recht auf den Eigentümer zurückführen und so viele Rechtsverhältnisse für gültig halten, als unwirksam zwischen ihm und dem Eigentümer - bzw. dem Nichteigentümer, den er für den Eigentümer hält und halten darf, - vorhanden sind ²⁵⁾. Weiß er von dem Fremdbesitz seines Oberbesitzers, so muß er ihn für besitz- und überlassungsberechtigt halten ²⁶⁾; hält er ihn für den Eigentümer, so muß er gutgläubig hinsichtlich dessen Eigentum sein ²⁷⁾.

d. Letztlich besteht die Redlichkeit als Glaube an das eigene Recht nicht nur einer bestimmten Person gegenüber. Das Besitzrecht, welches der Besitzer gemäß § 986 zu haben glaubt, wirkt gegen jedermann, sogar gegen Eigentümer und Oberbesitzer. Es ist nicht an bestimmte Personen gebunden. In gleicher Weise muß die Redlichkeit gegen jeden wirken, der ein Recht an der Sache geltend macht ²⁸⁾.

Bei dem Eigenbesitzer wirkt die Redlichkeit gegen jedermann auf Grund der Überzeugung, allein sachherrschaftsberechtigter Eigentümer zu sein. Beim Fremdbesitzer

- 25) wer, wie RGRK-Johannsen § 991 Anm. 12, Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 986 Rdnr. 12 und Schönfeld in JZ 59 S. 302/303, annimmt, der Unterbesitzer könne nur unrechtmäßig sein, wenn sein Oberbesitzer unrechtmäßig sei, kann Unredlichkeit des Unterbesitzers nur annehmen, wenn der Unterbesitzer den Mangel des Rechts des Oberbesitzers kennt oder kennen mußte; so sagt RGRK-Johannsen § 990 Anm. 8 und 9 insoweit zu Recht; "der Unterbesitzer, der weiß, daß er kein Recht zum Besitz gegenüber dem Oberbesitzer hat, ist noch nicht notwendig bösgläubig"; ebenso: Biermann § 990 Anm. 1; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2; Planck-Brodmann § 990 Anm. 2 a; Türcke-Niedenführ-Winter § 990 Anm. 2;
- 26) so: Lübtow in AcP Bd. 150 S. 258; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 990 Rdnr. 3; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 6 sagt richtigerweise, der gute Glaube an das Besitzrecht des Oberbesitzers genüge nicht;
- 27) vgl. Crome III § 417 Anm. 30; Biermann § 990 Anm. 1;
- 28) so ausführlich mit guter Begründung Ledermann in JW 1926 S. 2074; so wohl auch Biermann § 990 Anm. 1 und Wolff-Raiser § 1 I 4; wer eine Besitzberechtigung gegenüber dem Eigentümer trotz fehlenden Rechts gegenüber dem Oberbesitzer anerkennt, hält auch eine Redlichkeit gegenüber dem Oberbesitzer für möglich - vgl. Anm. 25; jedoch wirkt auch diese Redlichkeit ebenso unbeschränkt, nur kommt sie gegenüber den Personen - wie dem Eigentümer - nicht zum Zuge, denen gegenüber ein Besitzrecht besteht;

sitzer besteht diese Wirkung der Redlichkeit wegen der Überzeugung, auf Grund des vom Eigentümer vermeintlich abgeleiteten Besitzrechts diesem gegenüber und wie der Eigenbesitzer als Inhaber des Rechts auch gegenüber jedem Dritten zu dem übertragenen Besitz berechtigt zu sein. Dasselbe gilt für den Unterbesitzer. Seine Redlichkeit wirkt auch gegen den Eigentümer, weil und soweit sein Besitzrecht auch ihm gegenüber nach § 986 wirksam wäre.

Wegen dieser Wirkung der Redlichkeit ist ein Irrtum des Besitzers über die Person des Eigentümers unerheblich²⁹⁾. Der gutgläubige Eigenbesitzer kann nicht mit der Existenz dritter Personen als Eigentümer rechnen, denen er irrtümlich das Eigentum zuschreiben könnte. Bei ihm erschöpft sich der Irrtum darin, daß er sich zu Unrecht für den Eigentümer hält; dieser Irrtum ist wegen seiner Redlichkeit unerheblich. Der Fremdbesitzer dagegen weiß von der Existenz eines Eigentümers, er kann sich über dessen Person irren. Als gutgläubiger Besitzer hält er sich aber nicht nur dem vermeintlichen Eigentümer, sondern allen Personen gegenüber für berechtigt, die ihm sein Recht streitig machen können oder wollen; diesen Glauben respektiert das Gesetz wegen seiner Redlichkeit. Einen guten Glauben, der - anders als das dingliche Recht - nur einer bestimmten Person gegenüber wirkt, gibt es im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht.

II. Ist damit bestimmt, was Redlichkeit ist, insbesondere worauf sie gerichtet sein muß, so bleibt festzustellen, wann sie nach dem Gesetz vorliegt.

a. Die Definition der Redlichkeit als des Glaubens des Besitzers an sein eigenes Recht sagt weder darüber etwas aus, ob mit diesem Glauben - dieser Überzeugung - immer schon Redlichkeit im Sinn des Gesetzes vorliegt, noch darüber, wann der Besitzer nicht mehr redlich ist, wenn er in seiner Überzeugung hinsichtlich seiner vermeintlichen Berechtigung schwankend geworden ist; denn seine Einstellung kann weitaus differenzierter sein, als es die Unterteilung in Kenntnis und Unkenntnis der Nichtberechtigung wiedergibt³⁰⁾. Unredlich ist immer der Besitzer,

29) wie hier; Ledermann in JW 1926 S. 2074; Westermann § 32 II 2 a; vgl. auch; Protokolle S. 347 = Mugdan S. 678, die insoweit aber ungenau sind, als sie davon sprechen, daß "der Besitzer redlicherweise einen anderen für den Eigentümer gehalten" habe; die Person des Eigentümers ist jedoch kein Objekt für die Redlichkeit;

anderer Ansicht; RG in JW 1926 S. 1811, 3 = LZ 1926 Spalte 1071/72; dagegen Ledermann aaO;

30) vgl. Reichel S. 19 ff, 23;

der weiß³¹⁾, daß er kein Recht zum Besitz hat, der - nach Heck³²⁾ - sogenannte "Fremdrechtler"³³⁾. Für alle anderen Besitzer, denen dieses Wissen fehlt, die vielmehr an ihr Recht glauben - und - nach Heck -³²⁾ sogenannte "Putativrechtler" sind -, gilt folgendes:

b. Die Redlichkeit beruht auf einer Verkennung der wahren Rechtslage³⁴⁾, weil der Besitzer die Tatsachen, aus denen sich der Mangel seines Besitzrechts ergibt, nicht kennt³⁵⁾, weil er aus diesen Tatsachen falsche rechtliche Schlußfolgerungen zieht, oder weil er letztlich aus unrichtigen Tatsachen falsche rechtliche Annahmen herleitet³⁶⁾.

Hinsichtlich der gegebenen Tatsachen ist nur ein Kennen oder Nichtkennen möglich; eine Zwischenstufe in Form eines "Nicht-genau-Kennens" ist nicht möglich³⁷⁾. Bei der rechtlichen Würdigung dieser Tatsachen dagegen besteht außer dem Wissen um die wahre Rechtslage³⁸⁾ und ihrer völligen Verkennung ein wei-

-
- 31) er "weiß" in dem Sinn auch, wenn er für höchstwahrscheinlich hält, entscheidend ist, ob ein normalverständiger Mensch so reagieren würde, vgl. Reichel S. 16 und 17; BGH in E 26 S. 256 (261) = LM 6 zu § 990, der sagt, jeder Zweifel braucht nicht ausgeschlossen zu werden; enger: Josef in Gruchot Bd. 51 S. 535, der sagt, Kenntnis, nicht bloß Wahrscheinlichkeit sei erforderlich;
- 32) Heck § 67 5, § 68 2 b a;
- 33) bei ihm bildet Wissen und Nichtwissen die Scheidung für Redlichkeit und Unredlichkeit, wie es Förster-Eccius III § 163 S. 104 Anm. 4 für das preußische Recht konstatiert;
- 34) Redlichkeit ist immer entschuldbarer Irrtum; Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 32; Förster-Eccius III § 163 S. 107; Siber Passivlegitimation S. 234; RG in E 58 S. 162 (163);
- 35) auch ein "Falschkennen" ist ein Nichtwissen, vgl. Gruchot Bd. 4 S. 332 Anm. 3 zum pr. ALR;
- 36) ungenau insoweit Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 990 Rdnr. 5, Unredlichkeit liege erst vor, wenn der Besitzer Kenntnis von der Tatsache erlangte, daß er zum Besitz nicht berechtigt sei; wie hier: Stillschweig S. 78; vgl. auch Gruchot 4 S. 332 zum ALR;
- 37) es gibt keine Eventualkenntnis, was für § 990 I 2 wichtig ist; so ausdrücklich Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 47 Anm. 1;
- 38) bei schwierigen Rechtsfragen bedeutet Kenntnis der Tatsachen noch nicht Kenntnis des Rechtsmangels; so ständige Rechtssprechung und heute ganz unstreitig; vgl. RG in Warn. 1927 Nr. 91 (159); BGH in E 26 S. 256 (258) = LM 6 zu § 990;

ter Bereich von Möglichkeiten, wenn der Besitzer an seiner Berechtigung zweifelt³⁹⁾. Diese Zweifel können von der Annahme einer gewissen Wahrscheinlichkeit bis zur völligen Unsicherheit reichen.

Ob und inwieweit das Nichtkennen der Tatsachen und die falsche rechtliche Würdigung, insbesondere der Zweifel an der Berechtigung, - kurz der Irrtum des Besitzers - für die Annahme der Redlichkeit beachtlich sind, bestimmt im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis wie in § 932 Abs. 2 das Verschulden des Besitzers an der Verkenntung der Rechtslage als objektiver Wertungsmaßstab⁴⁰⁾. Das Maß des Verschuldens, das in dem Verhalten des Besitzers liegt, welches zu seiner fehlerhaften Einstellung zu den objektiven Haftungsvoraussetzungen geführt hat, entscheidet über seine Haftung wegen der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes oder deren Freistellung. Erkennt der Besitzer grobfahrlässig die Tatsachen nicht, die seine Nichtberechtigung ergeben, oder wertet er grobfahrlässig den Sachverhalt falsch, so zerstört dies Verhalten bei Erwerb des Besitzes seinen guten Glauben nach §§ 990, 932 Abs. 2⁴¹⁾. Hat der Besitzer dagegen einmal seinen Besitz gutgläubig, also allenfalls leicht fahrlässig erworben, so schadet ihm nach § 990 Abs. 1 S. 2 nunmehr auch grobfahrlässiges Verhalten nicht. Der Besitzer braucht sich nicht selbst bösgläubig zu machen⁴²⁾. Nach § 990 Abs. 1 S. 2 wird die Redlichkeit nach Besitzerwerb nur durch die Kenntnis der Nichtberechtigung zerstört⁴³⁾. Als Regel bedeutet dies, daß Zweifel und Sorglosigkeit bei Besitzerwerb zulasten des

39) vgl. Hans. OLG in HansGZ 1927 Beilage S. 100;

40) das gilt nur bei dem "Putativrechtler", vgl. Weyl Verschuldensbegriffe S. 50/208/11; Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 29/32/34; Reichel S. 18/19 sagt, dem Wissen steht das auf zurechenbarer Fahrlässigkeit beruhende Nichtwissen gleich; Stillschweig S. 80 sagt, die schwere Pflichtverletzung mache bösgläubig; vgl. auch Josef in Seuff. Blätter 1913 S. 33; RG in LZ 1921 Spalte 685; OLG Frankfurt in JW 1922 S. 916 mit zustimmender Anm. von Oertmann aaO;

41) so ganz herrschende Meinung; vgl. etwa; Eichler S. 203; RGRK-Johannsen § 990 Anm. 22; Reichel S. 19; Weyl Verschuldensbegriffe S. 208 - 11; Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 29;

42) so schon nach preußischem Recht; Förster-Eccius III § 163 Anm. 19;

43) Crome III 417 II 1 b; Landsberg § 181 I 2 a; vgl.: Eichler S. 203; Hans. OLG in HansGZ 1924 Beilage S. 97; BGH in E 26 S. 256 (258) = LM 6 zu § 990; vgl. schon; ObstLGf. Bayern in SA Bd. 36 Nr. 11; OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4; OLG München in E Bd. 21 S. 229;

Verschulden als Kriterium der Unredlichkeit scheidet aus, vgl. Weyl S. 208;

Besitzers ⁴⁴⁾, bei Besitzausübung zu Lasten des Eigentümers gehen. Nach Besitzerwerb wird nur der "Fremdrechtler" bösgläubig ⁴⁴⁾.

Eine Frage des jeweiligen Einzelfalles bleibt es ⁴⁵⁾, wann unter den gegebenen Umständen Kenntnis oder auch grobfahrlässige Unkenntnis des Besitzers gegeben sind, insbesondere, wie indolentes Verhalten und Ausweichen vor Zweifeln zu bewerten sind ⁴⁶⁾.

III. Diese Definition der Redlichkeit in § 990 zeigt, daß die Begriffspaare "böse- und gutgläubig" sowie "redlich und unredlich" nicht zutreffend sind. Sie erfassen die Differenzierungen nicht, die die Einstellung des Haftenden durch die Bewertung nach dem Verschulden erhält ⁴⁷⁾. Das Begriffspaar "gut- und bösgläubig" stellt nach dem Wortsinn allein auf die Überzeugung des Besitzers ab und entspricht insoweit der Unterteilung Hecks in "Fremd"- und "Putativrechtler", an der sich die Haftung jedoch nicht ausrichtet. Der bei Besitzerwerb grobfahrlässig Handelnde ist von seinem Recht zum Besitz vielfach ebenso überzeugt wie der leichtfahrlässig Handelnde. Er ist "Putativrechtler" und "bösgläubig" nach dem Gesetz, "gutgläubig" aber im eigentlichen Wortsinn. Das Begriffspaar "redlich- und unredlich" stellt dagegen im Wortsinn zu einseitig auf den Verschuldensvorwurf ab. Der bei Besitzerwerb leichtfahrlässig oder später gar grobfahrlässig handelnde Besitzer ist zwar "redlich" im Sinne des Gesetzes, aber "unredlich" im eigentlichen Wortsinn. Wenn somit auch beide Begriffspaare nicht die in § 990 entscheidende Zusammenfassung von subjektiver Einstellung des Besitzers mit ihrer - gleichzeitigen - Bewertung durch die Rechtsordnung wiedergeben können, sollen sie doch als reine Gesetzesbegriffspaare beibehalten werden, weil sie sich als solche bereits in der Form der "bona fides" bzw. "mala fides" seit der Zeit vor Inkrafttreten des BGB eingebürgert haben. Dabei ist dem Begriff der "Redlichkeit" der Vorzug vor "Gutgläubigkeit" zu geben, weil er zum Ausdruck bringt, daß die Überzeugung des Besitzers auch von der Rechtsordnung gebilligt werden muß ⁴⁸⁾.

44) vgl. Erman-Peters § 990 Anm. 1;

45) vgl. etwa KG in JW 1934 S. 435; OLG Kiel in JW 1934 S. 850

46) vgl. Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 32; Reichel S. 18;

47) so Weyl S. 210 Anm. 2; vgl. auch Heck § 68 2;

48) insoweit wie Siber Rechtszwang S. 119 Anm. 2, der allerdings meint, das Begriffspaar "unredlich-redlich" sei passend im Gegensatz zu dem Paar "gutgläubig-bösgläubig";

IV. Keine Besonderheit besteht hinsichtlich der Redlichkeit in den "Sonderfällen" des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Entscheidend ist allein, ob unrechtmäßiger Besitz vorliegt; nur dann ist Raum für Redlichkeit oder Unredlichkeit.

a. Entfällt bei dem Nicht-mehr-Berechtigten das Recht zum Besitz, so muß nunmehr Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzers vorliegen ⁴⁹⁾. Da er seinen Fremdbesitz bereits erworben hat, als er noch berechtigter Besitzer war, wird er nach § 990 Abs. 1 S. 2 nur unredlich, wenn er von seiner Nichtberechtigung Kenntnis erhält. Grobe Fahrlässigkeit schadet ihm nicht. Das ist eine Folge davon, daß § 990 Abs. 1 S. 2 nicht darauf abstellt, wann unrechtmäßiger Besitz erworben ist, - da unrechtmäßiger Besitz keine besondere Besitzart ist, - sondern allein entscheidend sein läßt, wann der Besitzer die Sache in tatsächlicher Eigen- oder Fremdbesitz genommen hat ⁵⁰⁾.

b. Für den Nicht-so-Berechtigten und den Besitzer, der ein anderes als das vereinbarte Besitzrecht ausübt, ist kein Raum für Redlichkeit ⁵¹⁾. Diese Besitzer sind rechtmäßige Besitzer. Guten Glauben an die schuldrechtliche Berechtigung kennt das Gesetz insoweit nicht. Erst wenn der Fremdbesitzer seinen Besitz in unrechtmäßigen Eigenbesitz umwandelt, kommt es auf seine Redlichkeit an; ihm schadet nach § 990 Abs. 1 S. 1, da er an der Sache neuen - Eigen- - Besitz erwirbt ⁵²⁾, schon grobe Fahrlässigkeit. Er wird unredlich, wenn er hatte wissen müssen, daß er zur Besitzumwandlung nicht berechtigt ist ⁵³⁾.

c. Für den exzedierenden unrechtmäßigen Fremdbesitzer ist entscheidend, ob er bezüglich seines fehlenden Besitzrechts redlich ist; unerheblich bleibt sein Glaube bezüglich der Rechtmäßigkeit seiner Exzeßhandlung. Da diese kein eigenes Recht zum Besitz betrifft, kann der Exzeßbesitzer auch nicht hinsichtlich der seine Besitzberechtigung übersteigenden Handlung redlich oder unredlich sein ⁵⁴⁾. Bei

- 49) die Bedenken Raisers in Festschrift Wolff S. 133 sind unbegründet; die Feststellung der Unredlichkeit ist nicht willkürlich; vgl. dazu § 2 4 I der Arbeit;
- 50) erworben und ausgeübt werden kann als Besitzart nur Fremd- oder Eigenbesitz, nicht rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Besitz;
- 51) aA: wer ihn insoweit als Nichtberechtigten ansieht, so etwa Lübtow in AcP Bd. 150 S. 258;
- 52) vgl. OLG Frankfurt in MDR 1959 S. 578;
- 53) BGH in JR 1958 S. 301;
- 54) aA: Biermann § 990 Anm. 1; ebenso Müller BGB § 993 Anm. B wenn er sagt, der Fremdbesitzer, der sein Besitzrecht überschreite, sei unredlich;

dem Exzeßbesitzer ist es jedoch möglich, die Haftung für den Exzeß aus den Vorschriften der §§ 989 ff zu entnehmen und den Besitzer analog § 990 Abs. 1 als unredlich zu behandeln, wenn er schuldhaft die Grenzen seiner Berechtigung verkannt hat⁵⁵⁾. Dabei ist der Verschuldensmaßstab nicht aus § 990 Abs. 1, sondern den allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen; dem Exzeßbesitzer kann hinsichtlich der Haftung für Exzeßhandlungen nicht in entsprechender Anwendung das Haftungsprivileg des § 990 Abs. 1 mit der Freistellung der Haftung für fahrlässige Verken-
nung der Grenzen der Berechtigung zugute kommen.

55) das deutet bereits Cosack-Mitteis § 55 II 3 an, der den Fremdbesitzer bei Exzeß "in gewisser Beziehung" als unredlich ansieht; vgl. dazu § 9 2 der Arbeit;

2. TEIL

ZUFALLSHAFTUNG DER UNRECHTMÄSSIGEN BESITZER AUS VERZUG

§ 5 ZUFALLSHAFTUNG DES REDLICHEN EIGENBESITZERS

Den Ausgangspunkt für die Untersuchung der Zufallshaftung unrechtmäßiger Besitzer bildet die Haftung des redlichen Eigenbesitzers, gegen den der Eigentümer nichts unternommen hat, und der auch nicht Gewaltbesitzer ist.

1. Die §§ 987 ff enthalten keine Vorschrift über eine Haftung dieses Besitzers. § 989 gilt für den Prozeßbesitzer, § 990 für den unredlichen Besitzer, § 991 Abs. 2 für den unterbesitzenden Fremdbesitzer und § 992 für den Gewaltbesitzer.

2. Einer vertraglichen -Abwicklungs- -Haftung unterliegt der unrechtmäßige Eigenbesitzer nicht, weil er kein Nicht-mehr-Berechtigter sein kann. Entfällt bei ihm - rückwirkend - mitsamt der wirksamen Übereignung das obligatorische Rechtsgeschäft, welches ihm das Eigentum verschaffen sollte, so kann dem Besitzer zwar zeitweise wegen eines Kaufpreises oder anderer Aufwendungen auf die Sache nach § 1000 oder § 273 ein Fremdbesitzrecht zustehen ¹⁾, ein Eigenbesitzrecht jedoch zu seinen Gunsten besteht ebenso wenig wie ein wirksames Schuldverhältnis, das Nachwirkungen haben oder in ein Abwicklungsverhältnis übergehen könnte. Ist dagegen nur die Eigentumsübertragung nichtig, nicht aber das Kausalgeschäft, so besteht keine Vindikationslage. Solange der schuldrechtliche Übereignungsanspruch des Besitzers besteht, kann der Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 nicht durchdringen, da ihm der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 entgegensteht, wonach "dolo facit, qui petit, quod redditurus est" ²⁾.

1) streitig, siehe oben § 3 Anm. 30 der Arbeit;

2) Paulus in VIII Digesten Lib. XLIV Tit. 4; vgl. Enneccerus-Nipperdey § 239 III; RG in E 143 S. 275 (277);

3. Für den redlichen Eigenbesitzer kann auch aus dem Bereicherungsrecht keine durch die §§ 987 ff, insbesondere durch § 993, möglicherweise ausgeschlossene Haftpflicht begründet werden. Schadensersatzhaftung als Verschuldenshaftung aus Bereicherungsrecht setzt nach §§ 818 Abs. 4, 819, 292 Rechtshängigkeit oder Kenntnis der Nichtberechtigung voraus, was beides bei dem redlichen Eigenbesitzer nicht gegeben ist. Hat der Besitzer aber die Sache auf Grund dinglich und obligatorisch unwirksamen Rechtsgeschäfts erhalten und sie gegen Entgelt weiter veräußert, muß er dem Entreicherten nach §§ 812 ff - §§ 816/818 - den Wert seiner Bereicherung ohne Berücksichtigung seines etwaigen Nichtverschuldens herausgeben. Da die Voraussetzungen des Vindikationsverhältnisses nicht vorliegen - der Eigenbesitzer ist weder im Besitz der Sache, noch dem Eigentümer bereits persönlich verpflichtet -, kommt ein Ausschluß des Bereicherungsrechts durch die §§ 987 ff nicht in Betracht ³⁾. Darüberhinaus hat ein solcher Besitzer dem Eigentümer seine Bereicherung entsprechend § 281 herauszugeben, der in diesem Fall analog anwendbar ist ⁴⁾, obwohl kein schuldrechtsähnliches Verhältnis besteht ⁵⁾; denn Gegenstand der Verpflichtung des Besitzers ist keine Schadensersatzleistung, sondern lediglich die Herbeiführung eines Ausgleichs zwischen den Rechtsgütern von Eigentümer und Besitzer nach denselben Gesichtspunkten, wie er in § 985 selbst vorgesehen ist ⁶⁾. Aus diesem Grund steht auch § 993 der Anwend-

3) vgl. § 3 Anm. 34 der Arbeit;

4) die Anwendung des § 281 im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist streitig, vgl. zuletzt mit guter Begründung Klapproth in MDR 1965 S. 525 ff; wie Klapproth für eine Anwendung des § 281 im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sind; Endemann III § 92 Anm. 10; Eichler S. 198; Türcke-Niedenführ-Winter § 987 Anm. 6; Loewenwarter § 985, § 993; Warneyer-Bohnenberg § 993; Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 194 ist für analoge Anwendung; Siber Rechtszwang S. 115; einschränkend: Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 985 Rdnr. 7 und § 993 Rdnr. 5, der § 281 bei den §§ 987 ff, aber nicht bei § 985 für anwendbar hält; aa: Westermann § 31 IV 4; Baur § 11 C I 3 a bb; Lent-Schwab § 44 III 2; Müller BGB § 993 Anm. a, der § 281 nicht auf redliche Besitzer anwenden will; Staudinger-Berg § 985 Rdnr. 4; Dietz S. 185 Anm. 8; RGRK-Johannsen § 985 Anm. 22; Erman-Hefermehl Anm. 20 vor § 987, § 993 Anm. 1 a; Palandt-Hoche § 985 Anm. 3 b; Wolff-Raiser § 84 VI 1;

5) jedoch ist die Interessenlage in beiden Fällen gleich; auch wird die Opfergrenze - deren Einhaltung Westermann aaO fordert - nicht zu Lasten des Besitzers verschoben, der als redlicher Eigenbesitzer neben dem Eigentümer keinem Dritten ausgleichspflichtig ist;

6) vgl.: so etwa Klapproth in MDR 1965 S. 527; wie hier ähnlich auch Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen aaO, der die Anwendung des § 281 allerdings an einen schuldrechtlichen Anspruch, etwa den Bereicherungsanspruch, nicht aber an den Vindikationsanspruch knüpft;

barkeit des § 281 nicht entgegen ⁷⁾.

4. Daß der Eigenbesitzer die Sache möglicherweise nicht von dem Eigentümer, sondern von einem Nichtberechtigten erhalten hat, wirkt sich nicht zu seinen Lasten aus. Ebenso wenig wie nach dem Eigentümer-Besitzer-Recht kann der Besitzer nach Bereicherungsrecht vom Eigentümer zur Verantwortung gezogen werden; seinen Besitz hat er unmittelbar auf Kosten des Eigentümers, das Eigentum an der Sache hat er gar nicht erworben.

5. Auf diesen Eigenbesitzer trifft somit die Regel des § 993 zu; er ist nach § 985 zur Herausgabe der fremden Sache oder ihres Surrogats entsprechend § 281 verpflichtet; darüberhinaus hat er nichts, insbesondere keinen Schadensersatz zu leisten ⁸⁾.

§ 6 ZUFALLSHAFTUNG DES UNREDLICHEN EIGENBESITZERS

1. Den unredlichen Eigenbesitzer unterwirft § 990 Abs. 1 der Verschuldenshaftung, neben der nach § 990 Abs. 2 die Verzugshaftung unberührt bleibt. Dabei bedeutet die Formulierung "eine weitergehende Haftung aus Verzug bleibt unberührt" lediglich, daß der Besitzer darüberhinaus aus §§ 286, 287 haften kann, wenn er sich in Verzug befindet ¹⁾. Die Voraussetzungen des Verzugs richten sich im Eigentümer-Besitzer-Recht allein nach dem Schuldrecht ²⁾. § 990 Abs. 2 zeigt nur die Möglichkeit einer Verzugshaftung auf.

7) da § 281 keinen Fall einer Haftung - für Verschulden oder für Zufall - betrifft, soll die Frage der Anwendbarkeit der Vorschrift im Eigentümer-Besitzer-Recht im einzelnen in der Arbeit nicht weiter untersucht werden;

8) so ganz unstrittig; vgl. Literaturangaben zu § 8 5 d. A.;

1) so ganz h. M.; vgl. Dernburg Sachenrecht § 119 II B c; Crome III § 417 II 1 b;

2) so Horstmann S. 43; vgl. auch; Hedemann - 2. Auflage - § 5 I c; Eichler S. 208 Anm. 110; Julius von Gierke § 39 IV 2 b; Westermann § 31 I 1, § 32 II 3; Baur § 11 C I 3 b; Türcke-Niedenführ-Winter § 990 Anm. 7; Biermann § 990 Anm. 6 c; Planck-Brodmann § 990 Anm. 4 a; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 990 Rdnr. 10; RGRK-Johannsen § 990 Anm. 24; Oertmann in ZHR Bd. 78 S. 17;

2. Nach §§ 284, 285 gerät der Schuldner in Verzug, wenn er nach Fälligkeit seiner Verpflichtung auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet und diese Nichtleistung zu vertreten hat³⁾. Nur unter diesen Voraussetzungen kann der haftende Besitzer in Verzug geraten²⁾.

I. Wie die Anordnung der Haftung für schuldhaftes Pflichtverletzung in § 990 Abs. 1 zeigt, besteht zwischen dem unredlichen Besitzer und dem Eigentümer ein gesetzliches Schuldverhältnis, das der Verschärfung durch den Verzug unterliegen kann. Gegenstand des Schuldverhältnisses ist die Verpflichtung des unredlichen Besitzers zur Herausgabe der Sache in dem Zustand, in dem sie sich befand als das Schuldverhältnis mit Besitzerwerb oder durch Unredlichwerden des Besitzers begründet wurde⁴⁾.

II. Die Verpflichtung des Besitzers wird mit dem Beginn der Unredlichkeit - also im Fall des § 990 Abs. 1 S. 1 mit Besitzerwerb - fällig im - weiten - Sinn des § 284 Abs. 1⁵⁾. Dieser Begriff "Fälligkeit" - im weiten Sinn - bringt - nach Siber⁵⁾ - zum Ausdruck, daß der Gläubiger zum Fördern, der Schuldner zum Leisten berechtigt, doch noch nicht verpflichtet ist⁵⁾. Es besteht eine Forderung, mit der er in Verzug geraten kann. Der Verzugseintritt hängt allerdings noch davon ab, daß die fällige Forderung "vollfällig" wird. Dieser von Siber verwendete Begriff bedeutet das "Leistenmüssen des Schuldners ohne - weitere - Mahnung"⁵⁾. Vollfällig ist die nach § 284 Abs. 1 angemahnte^{5a)} oder die nach § 284 Abs. 2 ohne weitere Mahnung zu erbringende Leistung^{5b)}. Nach dieser

3) vgl. dazu Paech S. 10 ff, 28; Endemann I § 37; Enneccerus-Lehmann § 51 I;

4) vgl. Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 16, Birk in JZ 1963 S. 354; Westermann § 32 IV 2 d; BGH in NJW 1964 S. 2414 (2415); vgl. i. ü. dazu oben § 3 3, insbes. Anm. 24 - 27;

aa - allerdings für das insoweit gleiche gemeine Recht: Mommsen S. 78; auch für den mala fide possessor soll erst ab Litiscontestatio ein obligatorisches Verhältnis begründet werden, das zur mora führen kann; dagegen: Windscheid aaO S. 259, der ausführt, daß auch bei Verbindlichkeiten, die durch dingliches Recht begründet seien, mora möglich sei;

5) so; Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 109, der die Unterscheidung zwischen Fälligkeit und Vollfälligkeit mit ihren verschiedenen Auswirkungen bei der Mahnung darlegt; vgl. auch Paech S. 47, 29, 30; Endemann § 37 Anm. 1 a;

5a) Siber aaO S. 110;

5b) Siber aaO. S. 109;

Unterscheidung begründet die beginnende Unredlichkeit des Besitzers lediglich die Fälligkeit seiner Herausgabeverpflichtung, er darf die Sache zurückgeben, der Eigentümer sie herausverlangen^{5c)}. Insoweit ähnelt die Rechtsposition des unrechtmäßigen Eigenbesitzers derjenigen des Verwahrers, der die hinterlegte Sache nach §§ 695, 696 jederzeit zurückgeben darf, und sie auf das - idR jederzeit mögliche - Herausgabeverlangen des Hinterlegers zurückgeben muß; weshalb der unredliche Besitzer oft als Verwahrer der fremden Sache angesehen wird⁶⁾. Der unredliche Besitzer hat jedoch mangels eines wirksamen Verwahrungsverhältnisses kein Recht zum - Eigen - Besitz, sondern nur die Pflicht zur Aufbewahrung ohne korrespondierendes Besitzrecht.

III Den Verzug - und die Vollfälligkeit der Verpflichtung - begründet die Mahnung; sie ist das unbedingte Leistungsverlangen des Gläubigers⁷⁾, das dem Schuldner noch einmal zum Bewußtsein bringen soll, daß er nunmehr leisten müsse, um nachteilige Folgen für sich abzuwenden⁸⁾. Hinsichtlich der Wirkung der Mahnung steht der Eigenbesitzer dem Schuldner nicht gleich.

Als Fremdrechtler weiß der Eigenbesitzer, daß er die Rückgabe der Sache an den Eigentümer schuldet, wenn er kein - Zurückbehaltungs- - Recht an ihr hat. Vor der Mahnung braucht er aber seine sofortige Leistungsverpflichtung nicht zu kennen, wenn er der Auffassung ist, daß der Eigentümer die Sache nicht zurückhaben wolle, weil er zu ihrer Übereignung oder Überlassung verpflichtet sei oder sie ihm zuwenden wolle. Wäre diese Auffassung des Besitzers rechtlich erheblich, so müßte

5c) Siber aaO S. 109; vgl. auch Paech S. 47, 29, 30, 34; Endemann § 37 Anm. 1 a;

6) So z.B.: Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 17; Boehmer S. 230 und die h.M. die die "Verwalterhaftung" des unredlichen Besitzers anerkennt, vgl. unten § 7 C 2 IV e, denn "Verwaltung" hat sorgfältiges Aufbewahren und Behandeln gem. den Interessen des Berechtigten bis zur Herausgabe an diesen zum Inhalt;

7) Paech S. 47; Mommsen S. 37; vgl. Oertmann in ZHR Bd. 78 S. 30;

8) Endemann I § 137 1 b; Zitelmann aaO S. 290; Wahl in JW 1933 S. 2204; RG in E 93 S. 300 (301/2); BGH in NJW 1963 S. 1823 = MDR 1963 S. 914; vgl. auch Mommsen S. 38 und Enneccerus-Lehmann § 51 II 2; eine etwaige Gegenleistung muß der Eigentümer bereithalten, so wenn er bei nichtigem Austauschgeschäft ein Zurückbehaltungsrecht des Eigenbesitzers ausschließen will, das Unredlichkeit und Verzug entgegensteht; vgl. OGHBZ Bd. 4 S. 172; Enneccerus-Lehmann § 51 II 2 b; Raape aaO S. 168; ebenso muß der Gläubiger bei Holschulden die schuldige Leistung beim Schuldner anfordern, Hellwig Lehrbuch § 172 V I a;

wie im Verwahrungsverhältnis der Mahnung ein Rückforderungsverlangen des Eigentümers vorausgehen; durch bloße Mahnung geriete der Eigenbesitzer nicht in Verzug. Diese Gleichstellung mit dem Verwahrer ist jedoch nicht gerechtfertigt, weil der fremdrechtliche Eigenbesitzer kein Verwahrer ist. Der Verwahrer besitzt zu Recht, seine Herausgabepflicht ist während des Bestehens des Verwahrungsverhältnisses noch nicht fällig; der Gläubiger hat nur die Möglichkeit, nach § 695 jederzeit die Fälligkeit herbeizuführen. Der Eigenbesitzer nach § 986 besitzt dagegen zu Unrecht, seine Verpflichtung ist sofort fällig. Sein Eigenbesitz wird seit seiner Unrechtmäßigkeit - auch vor dem Herausgabeverlangen des Eigentümers - vom Gesetz mißbilligt und ist rückgängig zu machen, was er als Fremdrechtler weiß. Will er trotz seiner Nichtberechtigung den Besitz der Sache behalten, weil er mit der Zustimmung des Eigentümers rechnet, muß er diese Zustimmung einholen⁹⁾; er muß, um Schadensersatzansprüche auszuschließen, den gesetzmäßigen Zustand herstellen, indem er dem Eigentümer die Verfügung über die Sache - auch nur zeitweilig - überläßt. Zur Begründung der Fälligkeit seiner Schuld ist somit keine Leistungsaufforderung notwendig; eine solche Aufforderung wirkt bereits als Mahnung¹⁰⁾, die die Vollfälligkeit¹¹⁾ und den Verzug herbeiführt¹²⁾.

Ist der unredliche Eigenbesitzer Putativrechtler, so weiß er, wenn auch schuldhaft, nichts von dem Recht des Eigentümers und seiner Herausgabeverpflichtung. Dennoch wirkt die Mahnung bei ihm wie bei dem Fremdrechtler. Seine Leistungspflicht besteht und wird fällig wie jede Schuldpflicht auch bei Unkenntnis¹³⁾.

-
- 9) wenn hier eine Informationspflicht des unrechtmäßigen Besitzers bejaht wird, so widerspricht das nicht dem Gesetz, das im Eigentümer-Besitzer-Recht keine Informationspflichten einführen wollte; diese Pflicht ist hier eine rein schuldrechtliche im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses mit dem unredlichen oder ihm gleichstehenden Besitzer; abzulehnen ist dagegen eine Informationspflicht derart, daß der Besitzer sich selbst unredlich machen müßte; vgl. dazu Heck § 68 11; Heymann aaO S. 146 - 149; ähnlich Weyl Verschuldensbegriffe S. 209;
- 10) als Kündigungsmahnung nach Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 109, 110; vgl. auch Schneider in MDR 1959 S. 989;
- 11) Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 109, vgl. oben Anm. 5;
- 12) der Anspruch des Eigentümers hat schon ohne Aufforderung an den Besitzer die "Reife", die zur Vollfälligkeit führt, wie Zitelmann aaO S. 287/89 sagt; im Ergebnis so, jedoch nur für den Fremdrechtler; Crome I § 129 I 2 d;
- 13) Endemann § 137 Anm. 17; vgl. auch Adler aaO S. 5; Heymann aaO S. 145;

Weiß der Schuldner nichts von seiner Verpflichtung - etwa der Erbe, der die geliehene Sache für Eigentum des Erblassers hält, - und leistet er daher nicht rechtzeitig, so kann dieser Irrtum im Rahmen des § 285 erheblich werden und den Verzug von ihm abwenden. War der Irrtum unentschuldbar, so muß sich der Schuldner behandeln lassen, als habe er Kenntnis von Schuld und Fälligkeit gehabt. Mit der Mahnung ist er in Verzug geraten. In derselben Lage wie dieser Schuldner befindet sich der unredliche putativrechtliche Eigenbesitzer. Voraussetzung seiner Haftung ist nach § 990 seine Unredlichkeit, mit der bereits feststeht, daß sein Irrtum, als - vermeintlicher - Eigentümer nicht herausgabepflichtig zu sein, auf grober Fahrlässigkeit beruht und daher nicht entschuldbar ist. Dieser Putativrechtler wird wie der Fremdrechtlter behandelt, als habe er gewußt, was er hätte wissen müssen, daß er nämlich nichtberechtigter Besitzer ist. Wegen des in seiner Unredlichkeit enthaltenen Schuldvorwurfs¹⁴⁾ begründet auch bei ihm das erste Herausgabeverlangen des Eigentümers den Verzug. Ist der Irrtum des Besitzers leichtfahrlässig, so könnte ihn dies zwar nach § 285 nicht entschuldigen; § 285 ist jedoch unter diesen Umständen gar nicht anwendbar, da der Besitzer redlich ist und als solcher nicht aus Verzug haften kann.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß erstens die Mahnung den tatsächlichen Glauben des Besitzers an sein Recht nicht zu zerstören braucht, weil das Gesetz bestimmt, daß der unredliche Besitzer keinen rechtlich erheblichen guten Glauben hat, und daß zweitens der Eigentümer nur die Vollfälligkeit nicht auch die Fälligkeit seiner Forderung auf Herausgabe der Sache herbeizuführen braucht¹⁵⁾.

IV. Ohne Mahnung kann der Eigenbesitzer nicht in dem Umfang wie der Schuldner in Verzug geraten.

14) der Verzug beruht bei ihm unmittelbar auf Verschulden, weil er schuldhaft - wegen unentschuldbaren Irrtums - nicht auf die Mahnung leistet; derselbe Irrtum wirkt somit fälligkeits- und verzugsbegründend. Hecks Ansicht - § 68 7 -, daß die Haftung des Putativrechtlers eigentlich eine - wenn auch sachlich gerechtfertigte - Zufallshaftung sei, weil das Verschulden aus einer früheren schuldhaften Erwerbshandlung herrühre, trifft für den unredlichen Besitzer nicht zu. Bei ihm ist jede Verwaltungshandlung, auch die Unterlassung der Rückgabe, unmittelbar schuldhaft, weil sie unmittelbar auf unentschuldbarem Irrtum über das Erlaubtsein des Handelns beruht, jede Kausalkette ist selbst schuldhaft;

15) aA: wohl Crome I § 129 I 2 a;

a. Wegen einer Vereinbarung sofortiger Leistung oder einer bestimmten Leistungszeit kann die Mahnung nicht entbehrlich werden, weil der Eigentümer mit dem Eigenbesitzer keine Abmachungen über die Rückgabe seiner Sache getroffen hat ¹⁶⁾.

b. Im Schuldrecht wird eine Mahnung nach § 242 ¹⁷⁾ entbehrlich, wenn der Gläubiger nicht wirksam mahnen kann, weil er den Aufenthaltsort des abwesenden Schuldners nicht kennt. Dieser weiß auf Grund seines Vertrags, daß er eine Leistung zu erbringen hat; verhält er sich so, daß die Mahnung ihm nicht zugehen kann ¹⁸⁾, so zögert er seine Leistungspflicht bewußt treuwidrig hinaus ¹⁹⁾; aus diesem Verhalten soll er keinen Vorteil ziehen ²⁰⁾. Nicht jeder unredliche Eigenbesitzer steht einem solchen Schuldner gleich.

Als Fremdrechtlter, der seine Herausgabeverpflichtung dem Eigentümer gegenüber kennt, darf sich der unredliche Eigenbesitzer nicht darauf verlassen, daß der Eigentümer seine Sache möglicherweise nicht zurückverlangen wolle; er muß vielmehr mit dem Vindikationswillen rechnen. Das Wissen von seiner Restitutionspflicht macht eine Mahnung entbehrlich, wenn er wie ein Schuldner ihren Zugang vereitelt. Vereiteln erfordert den Versuch des Eigentümers, den Besitzer aufzufinden und zu mahnen. In dem Zeitpunkt, in dem die Mahnung - auch nach längerem Forschen - hätte zugehen können, tritt die - im gemeinen Recht so genannte - mora ex re ein ²¹⁾.

Ist der Eigenbesitzer Putativrechtlter, so fehlt ihm die Kenntnis seiner Restitutionspflicht als wichtigster Voraussetzung der mora ex re ²²⁾. Zwar wird für die Haf-

16) vgl. Enneccerus-Lehmann § 51 II 3 a, b; Siber aaO S. 108 ff;

17) vgl. auch Adler aaO S. 9 über weitere Fälle des § 242;

18) und damit wirksam werden kann, Paech S. 49; Endemann I § 137 1 b;

19) Enneccerus-Lehmann § 51 II 3 e;

20) Mitteis S. 51/52;

21) so Mitteis aaO für das gemeine Recht mit einer Begründung, die auch für das BGB Gültigkeit hat;

22) hier gilt der Satz Mommsens S. 68/69, der Schuldner müsse, um in Verzug geraten zu können, gewußt haben, daß er schulde, während in den anderen Fällen des Verzugs des unredlichen Besitzers ausreichend ist, daß der Besitzer dieses Wissen hätte haben müssen; Kennenmüssen und Mahnung, die insoweit angesehen wird, als vermittele sie spätestens die Kenntnis, können zum Verzug führen; insoweit sagt RG in E 143 S. 312 (343) zu Recht, daß der Verzug Kennen oder Kennenmüssen der Schuld voraussetze; ebenso RG in Warn. 1931 Nr. 216;

tung die fehlende Kenntnis durch die verschuldete Unkenntnis, die zur Unredlichkeit führt, ersetzt. Das schuldhafte Verhalten des Besitzers kann aber nicht die Mahnung ersetzen.

Beim Fremdrechtlter wurde der Zugang der Mahnung überflüssig, wenn er sie vereitelte. Vereiteln ist ein bewußt treuwidriges Unmöglichmachen und setzt Vorsatz voraus. Der Fremdrechtlter muß in dem Bewußtsein, eine fällige Leistung zu schulden, die Mahnung hintertreiben. Das als grobfahrlässig vorwerfbare Verhalten des Putativrechtlers enthält diesen Vorsatz nicht und kann ihn nicht ersetzen. Er kann die Mahnung nicht vereiteln, solange er, wenn auch schuldhaft, nicht einmal von der Existenz der zu mahnenden Schuld weiß. In Verzug ohne Mahnung nach § 242 kann nur der Fremdrechtlter geraten ²³⁾.

c. Anders ist der Fall zu beurteilen, daß der Mahnbrief den unredlichen Eigenbesitzer zwar erreicht, er aber vergißt, ihn zu lesen. Der Fremdrechtlter wird wie der Schuldner mit Zugang des Briefs gemahnt und gerät in Verzug ²⁴⁾, weil sein Unterlassen der Kenntnisnahme von einer Nachricht des Eigentümers, dem er als Schuldner verpflichtet ist, grobfahrlässig ist, und in seiner rechtlichen Bewertung einer Vereitelung des Vorhabens des Eigentümers gleicht. Den Putativrechtlter in diesem Fall wegen seiner Unkenntnis, dem Eigentümer verpflichtet zu sein, von der Verzugshaftung freizustellen, wäre für den Eigentümer unbillig. Er würde zu Unrecht benachteiligt, weil er in dem Glauben, die Mahnung werde mit ihrem Zugang ihren Zweck erreichen, da der Besitzer sie zur Kenntnis nehmen werde, eine weitere Mahnung unterläßt und auch unterlassen darf; als unredlicher Besitzer hätte der Putativrechtlter seine Leistungsverpflichtung kennen müssen und wie bei dem Schuldner bedeutete Nichtlesen eines Briefs des Gläubigers schuldhafte Fahrlässigkeit. In diesem Fall kann jegliches Fehlen der Kenntnis von der Restitutionspflicht bei dem Putativrechtlter zum Verzug führen. Es liegt jedoch kein Fall eines Verzugs ohne Mahnung vor, denn der Besitzer ist gemahnt worden. Damit ist auch der Unterschied zum vorigen Fall gezeigt. Nicht der Zugang der Mahnung ist vereitelt worden, sondern die Kenntnisnahme von Mahnung und Restitutionspflicht. Solches Verhalten ist auch dem Putativrechtlter vorwerfbar und steht rechtlich einer schuldhaften Mahnungsvereitelung gleich ²⁵⁾.

23) so schon nach gemeinem Recht Mitteis aaO S. 52;

24) Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 112;

25) anders liegt der Fall, den Heck § 68 8 bringt; dort soll der Besitzer durch den Mahnbrief erst unredlich werden; dann schadet Vergeßlichkeit dem redlichen Besitzer nicht, da ihm nach § 990 I 2 auch größte Fahrlässigkeit nicht nachteilig ist. Wenn das Gesetz dem Eigentümer auferlegt, den Eigenbesitzer durch Inkennntnissetzen von der Nichtberechtigung unredlich zu machen, um

d. In einen Verzug ohne Mahnung des Gläubigers wegen "Selbstmahnung des Schuldners" kann der Eigenbesitzer nicht geraten. Der Schuldner kann sich selbst mahnen, indem er sich bereit erklärt, ungemahnt leisten zu wollen ²⁶⁾. Er bestimmt damit einseitig den Leistungszeitpunkt nach § 284 Abs. 2. Ein solcher Verzicht setzt eine Vereinbarung über die zu leistende Sache voraus. Sobald aber im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis der Eigenbesitzer sich bereit erklärt, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Sache dem Eigentümer zurückgeben zu wollen, und dieser den Vorschlag annimmt, endet der unrechtmäßige Eigenbesitz. Der Eigentümer beläßt dem Besitzer für den noch ausstehenden Zeitraum rechtmäßigen Fremdbesitz, etwa als Entleiher oder Verwahrer. Leistet der Besitzer bei Zeitablauf nicht, so gerät er nicht mehr mit seiner Leistung als ehemals unredlicher Eigenbesitzer, sondern mit der zwischenzeitlich vertraglich zugesagten Leistung als Fremdbesitzer in Verzug. Die Verzugshaftung trifft ihn als Schuldner der dem Eigentümer versprochenen Leistung nach Vertragsrecht und als nunmehr nicht - mehr - berechtigten Fremdbesitzer nach § 990 Abs. 2 ^{26a)}.

e. Letztlich kann den Eigenbesitzer auch kein Verzug ohne Mahnung des Eigentümers treffen, wenn er sich ernsthaft weigert, die fremde Sache bei Fälligkeit herauszugeben. Eine solche Weigerung - die im Schuldrecht eine Mahnung des Gläubigers nach Fälligkeit entbehrlich machen soll ²⁷⁾ - setzt voraus, daß der Gläubiger die Sache vor Fälligkeit herausverlangt hat. Der Eigentümer aber, der seinen Herausgabeanspruch geltend macht, setzt damit bereits den unredlichen Eigenbesitzer in Verzug, weil jedes Herausgabeverlangen die ohnehin fällige Verpflichtung zur Vollfälligkeit führt. Ernsthafte Erfüllungsverweigerung als Mahnungsersatz ist im Verzug des unredlichen Eigenbesitzers nicht möglich.

Fortsetzung der Fußnote 25)

ihn in Anspruch nehmen zu können, muß er das volle Risiko dafür tragen, daß der Besitzer diese Kenntnis erlangt. Heck sagt daher zu Recht, daß ein solcher vergeßlicher Besitzer haftungsfrei bleibe;

- 26) Zitelmann aaO S. 289/290; Adler aaO S. 9; Enneccerus-Lehmann § 51 II 3 e; vgl. Schneider in MDR 1959 S. 900; RG in JW 1933 S. 2204, 3 mit Anmerkung von Wahl aaO;
- 26a) vgl. oben § 3 2 II, 6;
- 27) so: Adler aaO S. 9; Schneider in MDR 1959 S. 900; Enneccerus-Lehmann § 51 II 3 e; BGH in E 2 S. 310 (312) = LM 2 zu § 325; dagegen mit guten Gründen Zitelmann aaO S. 290;

V. Im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Mahnung muß der Besitzer die Sache dem Eigentümer - wenn auch nicht mehr unversehrt - herausgeben können²⁸⁾; diese Herausgabe muß unterbleiben²⁹⁾.

VI. Unter diesen Voraussetzungen führt die Mahnung zum Verzug, wenn der Eigenbesitzer sich nicht nach § 285 entlasten kann³⁰⁾, weil die Herausgabe ohne sein Verschulden unterblieben ist³¹⁾. Dem Schuldner kann nach § 285 sowohl ein Irrtum bezüglich seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber wie auch Unkenntnis der besonderen Verzugsvoraussetzungen, etwa des Vorliegens von Fälligkeit und Mahnung, entschuldigen³²⁾. Bei einem entschuldbar Irrenden ist das Unterlassen der Leistung nicht vorwerfbar.

Ein Irrtum über die Herausgabeverpflichtung kann bei dem Fremdrechthler, dessen Unredlichkeit auf seinem Wissen beruht, eine fremde herausgabepflichtige Sache

28) Paech S. 10/11; Heymann aaO S. 150; Enneccerus-Lehmann § 51 I; vgl. auch Mommsen S. 56/68/69;

29) Paech S. 29/82; Endemann I § 137 2; Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 110; Mommsen S. 56;.

30) Verschuldensmaßstab ist hier, da besondere Abmachungen nicht vorliegen, § 276; anderenfalls - etwa bei dem nicht-mehr-berechtigten Fremdbesitzer - gilt der Maßstab des konkreten Rechtsverhältnisses; Siber Sav. Ztg. Bd. 29 S. 112; Heymann aaO S. 152;

31) Eichler S. 208 Anm. 110; vgl.: Planck-Brodmann § 990 Anm. 4; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 990 Rdnr. 10; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 3; Paech S. 29/82/100; Endemann § 137 2; Mommsen S. 56; RG in E 430 (435/36);

32) Paech S. 101; Jess aaO Spalte 727; Enneccerus-Lehmann § 51 II 4; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 19; Biermann § 990 Anm. 6 c; Planck-Brodmann § 990 Anm. 4 a; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 990 Anm. 10; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 3; RGRK-Johannsen § 990 Anm. 24; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 5; welche drei insbesondere auf die Erheblichkeit eines Irrtums über die Person des Eigentümers hinweisen; damit sind auch Bolzes Bedenken - S. 114 - gegen E I § 931 beseitigt, der meinte, ein Besitzer, der von seinem Rechtsmangel erfahren habe, die Sache aber nicht herausgeben könne, weil er den Berechtigten nicht kenne, dürfe nicht für Zufall haften; dieser Besitzer haftet nicht aus Verzug, wenn er sich in einem unverschuldeten Irrtum befindet;

aa: Josef in Gruchot Bd. 51 S. 539 - 541;

in Händen zu haben, nicht vorliegen³³⁾. Der Putativrechtler befindet sich zwar in einem solchen Irrtum über sein Eigenbesitzrecht und damit verbunden über seine Restitutionspflicht; dieser Irrtum entlastet ihn aber nicht mehr nach § 285. Er ist bereits bei der Feststellung der Unredlichkeit auf seine Erheblichkeit untersucht und als nicht entschuldbar gewertet worden³⁴⁾. Bösgläubigkeit und Verschulden – insbesondere in Form grober Fahrlässigkeit –, die sich im allgemeinen nicht decken, fallen hier zusammen^{34a)}. Später hinzutretende Umstände, die den Irrtum des Besitzers entschuldigen könnten, werden insoweit nicht im Rahmen des § 285 erheblich. Durfte vielmehr der ursprünglich unredliche Besitzer auf Grund neuer Umstände später annehmen, nicht mehr zur Herausgabe verpflichtet zu sein, so wurde er redlich^{34b)}. Für die Zukunft kann er mangels eines Haftungsverhältnisses, nicht erst mangels Verschuldens nach § 285, nicht mehr in Verzug geraten. So ist ein Käufer, der sich von einem unerkannt Geschäftsunfähigen durch mündlichen Vertrag ein Grundstück "verkaufen" und übergeben läßt, ohne bereits den Kaufpreis zu entrichten, unrechtmäßiger^{34c)} und unredlicher Besitzer^{34d)}, auch wenn ihm aus der Unkenntnis der Geschäftsunfähigkeit kein Vorwurf gemacht werden kann. Wiederholen die Parteien den Vertragsschluß vor einem Notar, so wird der besitzende Käufer nunmehr redlicher Besitzer.

In gleicher Weise ist für § 285 ein Irrtum über die Fälligkeit der Leistung nicht mehr erheblich, weil die Fälligkeit Bestandteil der Verpflichtung selbst ist. Wie jeder Schuldner hätte der unredliche Besitzer, um nicht zumindest grobfahrlässig zu handeln, sich Klarheit über seine ex tunc fällige Verpflichtung verschaffen müssen. Den haftenden unredlichen Eigenbesitzer kann somit insoweit nur Unkenntnis über die besonderen Verzugsvoraussetzungen entschuldigen.

33) so Planck-Brodmann § 990 Anm. 4 a;

34) aa. wohl die in Anm. 32 Genannten, die den Entlastungsbeweis des unredlichen Besitzers nach § 285 für möglich und zulässig halten; vgl. auch oben § 4 6 I d der Arbeit;

34a) vgl. Weyl S. 210/211;

34b) Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2, Westermann § 32 II d; gleiches gilt für den redlichen Erben eines unredlichen Erblassers; auch bei ihm liegt ein nachträgliches Redlichwerden im dargelegten Sinn vor, da mit der Vererbung des Besitzes auch die Bösgläubigkeit des Erblassers nachwirkt, vgl. Westermann aaO, Staudinger-Berg aaO;

34c) weil er kein Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz hat, vgl. RGRK-Johannsen § 990 Anm. 16;

34d) weil bei einem solchen Vertragsschluß eine Heilung des Formmangels durch nachfolgende Eintragung des Käufers im Grundbuch nicht erwartet werden konnte; vgl. Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 10, RGRK-Johannsen aaO;

Diese Begrenzung der Entlastungsmöglichkeiten nach § 285 bei dem unredlichen Besitzer im Gegensatz zu dem Schuldner ist nur eine scheinbare Einschränkung seiner Rechte; tatsächlich bedeutet es eine Besserstellung des Besitzers. Während nach § 285 der Schuldner sein fehlendes Verschulden nachweisen muß³⁵⁾, muß nach § 990 Abs. 2 iVm § 990 Abs. 1 der Eigentümer dem in Anspruch genommenen Besitzer dessen Unredlichkeit nachweisen und damit auch die Beweislast für das Nichtvorliegen eines erheblichen Irrtums hinsichtlich der Leistungsverpflichtung des Besitzers tragen.

VII. Nach Zugang der Mahnung hat der Besitzer die Sache an den Eigentümer innerhalb eines angemessen - kurzen - Zeitraums herauszugeben³⁶⁾. Unterbleibt seine Leistung in dieser Zeit schuldhaft, so beginnt der Verzug - und somit die Zufallshaftung - bereits mit Zugang der Mahnung³⁷⁾. Dadurch werden Meinungsverschiedenheiten über die im Einzelfall angemessene Dauer des Zeitraums zur Leistung des Besitzers ausgeschlossen; ein sicherer Zeitpunkt für den Verzugsbeginn steht fest³⁸⁾.

VIII. a. Verzugsfolge ist, daß der Besitzer den Zustand herstellen muß, wie er zugunsten des Eigentümers bestände, hätte er die Sache unmittelbar nach Zugang der Mahnung erhalten. Der Besitzer hat Ersatz für allen nach Verzugsbeginn eingetretenen Schaden zu leisten, den die Sache nicht auch bei dem Eigentümer erlitten hätte - § 287 Satz 2³⁹⁾. Wäre die Sache - was der Besitzer nachwei-

-
- 35) Paech S. 29/82/100; Endemann I § 137 2; Mommsen S. 56; Heymann aaO S. 152; BGH in E 28 S. 251 (254) = LM 16 zu § 611; RG in JW 1895 S. 25, 78; einschränkend für Fälle des Verzugs ohne Mahnung, die nicht unter § 284 Abs. 2 fallen, Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 112 Anm. 1, Siber führt aus, daß der Gläubiger nachweisen muß, daß der Schuldner auf Grund der besonderen Umstände schuldhaft ohne Mahnung in Verzug geraten sei;
- 36) Paech S. 48 Anm. 6; Adler aaO S. 7; Mommsen S. 40 Anm. 3, S. 63; Windscheid-Kipp § 278 2;
- 37) Paech S. 48; Adler aaO S. 7; auch Windscheid-Kipp § 279; dagegen: Mommsen S. 65 Anm. 16, der sagt, daß der Verzug erst nach Ablauf dieses Zeitraums - des sogenannten modicum tempus - beginne; ebenso BGH in NJW 1964 S. 1467 für Ansprüche aus unerlaubter Handlung;
- 38) vgl. Mommsen S. 41;
- 39) weil nur dann der Verzug nicht einmal kausal für den Schaden ist; vgl. Paech S. 145; Siber in IdomgJB Bd. 89, 20;

sen muß ⁴⁰⁾ - auch bei dem Eigentümer beschädigt worden oder untergegangen, so würde die Ersatzleistung zu einer Bereicherung des Eigentümers führen. Eine solche Bereicherung bezweckt jedoch § 287 nicht, sondern lediglich den Ausgleich einer Entreicherung des Gläubigers ⁴¹⁾, die bestehen zu lassen, nicht gerechtfertigt ist, weil sie dadurch verursacht ist, daß der Besitzer die Sache dem Herrschaftsbereich des Eigentümers zu Unrecht vorenthalten hat.

b. Aus diesem Grund wird der Besitzer nicht nur von der Haftung befreit, wenn dasselbe schädigende Ereignis die Sache bei dem Eigentümer betroffen hätte, sondern ebenfalls, wenn ein anderes Ereignis dieselben Schäden bei dem Eigentümer verursacht hätte. Das scheint zwar dem Wortlaut des § 287 S. 2 zu widersprechen, nach dem "der Schaden bei rechtzeitiger Leistung" - und somit bei dem Eigentümer - eingetreten sein müßte. "Schaden" ist jedoch in § 287 S. 2 nicht nur der individuelle, durch eine bestimmte Kausalkette hervorgerufene Schaden im Sinn eines schädigenden Ereignisses, sondern jede tatsächliche Schädigung im Sinn einer Vermögensbeeinträchtigung als Ergebnis eines schädigenden Ereignisses ⁴²⁾.

Letztlich kommt es dem Schuldner aus diesem Grund auch zugute, wenn ein anderer Schaden die Sache bei dem Eigentümer betroffen hätte; auch das entspricht dem oben aufgezeigten Sinn des § 287 S. 2, nur bestehende Entreicherungen auszugleichen, ohne zu bereichern. Ist die Sache etwa bei dem Schuldner untergegangen, wäre sie aber bei rechtzeitiger Leistung beschädigt worden, so haftet der Besitzer nach § 287 nur für den Wert einer beschädigten Sache ⁴³⁾.

3. Neben dieser Zufallshaftung aus Verzug nach den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Rechts trifft den Eigenbesitzer keine weitere Haftung. Einer Anspruchskonkurrenz mit der Bereicherungshaftung bedarf es nicht, da auch die Bereicherungshaftung nur über den Verzug des Bereicherten zur Haftung führt. Vertragliche Haftung besteht für den unredlichen Eigenbesitzer wie für den redlichen Eigenbesitzer nicht.

40) Endemann § 138 5; Mommsen S. 196; Vangerow § 588 Anm. 3;

41) im Ergebnis so; Paech 143; vgl.: Vangerow § 588 Anm. 3; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 538/39/54/55; RG in Warn. 1924 Nr. 79;

42) vgl. dazu - im Ergebnis ebenso -: Neumann-Duesberg in JZ 1953 S. 171; ebenso Paech S. 145, weil kein ursächlicher Zusammenhang mit dem Verzug vorliege; aA, offenbar Endemann I § 138 3;

43) vgl. Neumann-Duesberg in JZ 1953 S. 171/72;

4. Somit haftet der unredliche Eigenbesitzer, wenn ihn der Eigentümer durch bloßes Herausgabeverlangen in Verzug gesetzt hat, auch für zufällige Beeinträchtigungen des Herausgabeanspruchs.

§ 7. ZUFALLSHAFTUNG DES REDLICHEN PROZESSBESITZERS

A. ZUFALLSHAFTUNG DES REDLICHEN PROZESSBESITZERS NACH RECHTSLEHRE UND RECHTSPRECHUNG

1. Die Haftung des Prozeßbesitzers regelt § 989. Ist der Eigenbesitzer bei Rechtshängigkeit bereits unredlich, so kann § 989 seine Haftung nicht mehr erweitern, da er schon aus § 990 für Verschulden und bei Verzug für Zufall haftet. Haftungsbegründend wirkt § 989 für den redlichen Eigenbesitzer¹⁾; er haftet ab Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs für dessen Beeinträchtigung²⁾.

2. Eine vom unmittelbaren Verschulden unabhängige Haftung des redlichen Prozeßbesitzers für Zufall - infolge Verzugs - wird in Literatur und Rechtsprechung fast ausnahmslos abgelehnt³⁾. Die ablehnende Haltung wird damit begründet, daß der Gesetzgeber eine solche Haftung nicht gewollt habe; Zufallshaftung sei im Eigentümer-Besitzer-Recht nur in § 990 Abs. 2 vorgesehen, § 990 Abs. 2 wiederum beziehe sich nur auf § 990 Abs. 1, also auf den unredlichen Besitzer, der allein der strengen Verzugshaftung unterliegen solle; den Prozeßbesitzer könne die Verzugshaftung nur treffen, wenn er spätestens durch die Klageerhebung unredlich werde, was nicht notwendig der Fall sei³⁾.

3. Diese Ansicht der h. M. ist in zweierlei Hinsicht unbefriedigend.

-
- 1) so: Eichler S. 202; Lent-Schwab § 45 II 3; Lent S. 268; vgl. auch Windscheid-Kipp I § 124 S. 634;
gleiches gilt für den redlichen Fremdbesitzer, der sich im Rahmen seines Besitzrechts hält, vgl. unten § 9 2 der Arbeit;
 - 2) vgl. § 3 Anm. 7 der Arbeit;
 - 3) Literaturnachweis siehe in § 7 Anm. 32 der Arbeit;

I. Redlichkeit als von der Rechtsordnung anerkannter Glaube an das eigene Recht schließt ein subjektiv rechtswidriges - und damit schuldhaftes ⁴⁾ - Handeln gegen das fremde, jedoch vermeintlich eigene Recht aus; der Eigenbesitzer kann, weil er "quasi rem suam neglexit" ⁵⁾, und ihm infolge seiner Redlichkeit aus solchem Verhalten kein Vorwurf gemacht werden kann, bezüglich des vermeintlich eigenen Rechts nicht schuldhaft handeln ⁶⁾. Die herrschende Meinung muß daher zur Begründung der Prozeßhaftung nach § 989 ein Verschulden fingieren, was aber dem Verschuldensgrundsatz und der festgestellten Redlichkeit widerspricht, oder das Verschulden an die Verletzung anderer, durch die Redlichkeit nicht notwendig ausgeschlossener Pflichten knüpfen. Da solche Pflichten wiederum von einer Leistungsverpflichtung gemäß § 241 abhängig sind, muß die h. M. eine solche anerkennen. Dann aber ist nur schwer einzusehen, warum diese Leistungsverpflichtung bei Verzögerung nicht steigerungsfähig zur Verzugshaftung sein soll.

II. Noch unbefriedigender ist das durch die Auslegung der h. M. geschaffene Spannungsverhältnis zwischen den Vorschriften des § 989 einerseits und des § 818 Abs. 4 iVm § 292 andererseits.

Der zu Unrecht Bereicherte haftet, wenn er seine Nichtberechtigung kennt, vom Zeitpunkt der Kenntnis an aus ungerechtfertigter Bereicherung und bei Vorliegen

4) RG in Warn. 1920 Nr. 200 S. 251;

5) Ulpian in XXXI § 3 Digesten Lib. V Tit. 3; " ... nisi bonae fidei possessor; tunc enim, quia quasi rem suam neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem;" vgl.: Dernburg Sachenrecht § 129 I b; Cosack-Mitteis § 56 I 1 a; Siméon § 95 Anm. 4 a; Westermann § 31 I 3 b bb; Wolff-Raiser § 85 III Anm. 25; Staudinger-Berg Rdnr. 4 vor § 987, Palandt-Hoche Anm. 2 b bb vor § 987; Wächter Pandekten § 143 Beilage II B I; Eisele S. 21;

6) Crome III § 417 Anm. 4, er sagt, erst ab Rechtshängigkeit sei ein Verschulden möglich; Siméon § 95 I 4 a; Heck § 67 6, § 68, 7; Endemann § 92 Anm. 11; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 989 Rdnr. 8; vgl. Erman-Hefermehl § 989 Anm. 3; Birk in JZ 1963 S. 355; aA: J. v. Gierke § 39 V 1 a, wenn er sagt, "Redlicher vor Rechtshängigkeit haftet nicht, auch wenn ihn ein Verschulden trifft"; vgl. Protokolle S. 348 = Mugdan S. 648; ausdrücklich so; Denkschrift S. 137 = Mugdan S. 978; vgl. auch § 7 B 2 III der Arbeit; dieser Grundsatz galt schon im gemeinen Recht, vgl. Wächter Pandekten § 143 Beilage II B I, I 1 c; Eisele S. 21; im preußischen Recht schrieb zwar das ALR Haftung für Verschulden vor, dagegen aber: Förster-Eccius § 165 A S. 131 und Gruchot in Bd. 5 S. 526;

der in §§ 284, 285 geforderten Voraussetzungen gemäß § 819 iVm § 292 aus Verzug; diese Haftpflicht entspricht der des fremdrechtlichen Besitzers gemäß §§ 990, 284, 285. Die gleiche Verpflichtung trifft gemäß § 818 Abs. 4 iVm § 292 den Bereicherten nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Bereicherungsklage ⁷⁾. Einen Unterschied in der Haftung danach, ob der Verklagte das Fehlen seines Rechtsgrunds kannte, kennen mußte oder nicht kannte, noch kennen mußte, macht das Gesetz nicht, wie § 818 Abs. 4 iVm § 292 im Gegensatz zu § 819 Abs. 1 iVm § 292 zeigt. § 818 Abs. 4 unterwirft jeden Bereicherten ohne Rücksicht auf sein Wissen und Verschulden hinsichtlich des Fehlens des Rechtsgrunds der allgemeinen Haftung aus § 292, die neben der Haftung wegen schuldhafter Beeinträchtigung des Bereicherungsanspruchs die Verzugshaftung erfaßt. Die Einstellung des Verklagten kann allenfalls auf die einzelnen Verzugsvoraussetzungen Einfluß haben ⁸⁾. Auf diese Weise hätte der von seinem Recht überzeugte Besitzer nach Bereicherungsrecht ab Rechtshängigkeit auch als Verzugsschuldner zu haften, wogegen nach Eigentümer-Besitzer-Recht eine solche Haftung ausgeschlossen wäre.

Die damit verbundene Unbilligkeit ist offenbar ⁹⁾.

Während der Entreicherte ¹⁰⁾ gegen den zu Unrecht Bereicherten nur die Kondiktionsklage zu erheben braucht, um ihm das Risiko für Verzögerungsschäden und zufällige Beeinträchtigungen seines Anspruchs aufzuerlegen, - welches Risiko der Beklagte allein durch den schwer zu führenden Nachweis, an der Nichtleistung nach Klagerhebung schuldlos zu sein, von sich abwenden kann, - ¹¹⁾ muß der Eigentümer, um zu demselben Erfolg zu gelangen, auch bei Erhebung der Vindikationsklage gegen den nichtberechtigten Besitzer noch dessen Unredlichkeit herbeiführen. Der Eigentümer ist im Eigentümer-Besitzer-Recht benachteiligt, ob-

7) RG in Warn. 1927 Nr. 91 S. 159; vgl. auch RG in E 93 S. 271 und Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 36;

8) wie das die Untersuchung der Verzugshaftung des putativrechtlichen unredlichen Besitzers gezeigt hat, vgl. § 6 2 der Arbeit;

9) sie ist aber durch keine Verschiedenheit der Ansprüche in § 812 und §§ 987 ff gerechtfertigt, wie Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 18 ff nachweist; ebenso Lange in JZ 1964 S. 642; Schulz in AcP Bd. 105 S. 311/312 ist gleicher Ansicht, er führt es auf ein Redaktionsversehen zurück, das §§ 818 Abs. 4, 819 insoweit von §§ 989, 990 Abs. 1 abweichen; so auch Lange aaO S. 640; auch ein Redaktionsversehen ändert aber nichts daran, daß die Haftung nach dem Gesetzeswortlaut rechtsgültig verschieden ausgestaltet zu sein scheint;

10) vgl. zum folgenden: Lange in JZ 1964 S. 641;

11) vgl. § 6 2 VI der Arbeit;

wohl er die stärkere Rechtsposition inne hat als der Entreicherte. Dem Vindikationsbeklagten fehlt das Recht an der Sache, während im typischen Bereicherungsfall dem Beklagten nur die obligatorische Rechtsgrundlage für sein wirksames dingliches Recht fehlt. Die schlechtere Rechtsposition gewährt in diesem Rechtsgebiet des BGB die stärkeren Rechte ¹²⁾. Der Eigentümer, der seine Sache auf Grund unwirksamen Rechtsgeschäfts veräußert hat, ist im Herausgabeprozeß gesicherter, wenn er nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigentum an der Sache verloren hat, weil sich seine Ansprüche dann nicht aus den §§ 987 ff, sondern aus den §§ 812 ff herleiten ¹³⁾. Der redliche Prozeßbesitzer dagegen ist ohne ersichtlichen Grund vor dem "redlichen" verklagten Bereicherungsschuldner bevorzugt. Lange sagt zutreffend ¹⁴⁾, es sei der redliche Besitzer damit anders als der Bereicherungsschuldner im Rechtsstreit gerade des Risikos enthoben, durch das er am stärksten belastet werden könne, weil der Verzugsschaden den bloßen Sachschaden um ein vielfaches übersteigen könne. Auch das Risiko, für zufällige Beeinträchtigungen des Herausgabeanspruchs haften zu müssen, ist von dem redlichen Prozeßbesitzer genommen worden. Die Zufallshaftung kann der Eigentümer, wenn er den Besitzer nicht unredlich machen kann, nicht auf ihn abwälzen, obwohl er mit der Klagerhebung alles ihm mögliche getan hat, um seine Sache zu bekommen, die sich zu Unrecht in den Händen des Besitzers befindet ¹⁵⁾.

4. Diese Wertspannung ¹⁶⁾ zwischen § 818 Abs. 4 und § 989 zu beseitigen, wird auf vielerlei Weise versucht.

I. Durch unbeschränkte Anwendung des Bereicherungsrechts neben dem Eigentümer-Besitzer-Recht, wie sie ein Teil der Literatur vorsieht ¹⁷⁾, werden

- 12) Siebert in DGWR 1940 S. 242/43 und ZAkDR 1940 S. 269; Lange in JZ 1964 S. 640;
- 13) vgl. Staudinger-Berg § 993 Rdnr. 2, § 987 Rdnr. 10;
- 14) aaO S. 641;
- 15) damit zeigt sich die Gefährlichkeit der Anspruchskonkurrenz mehrerer, verschieden ausgestalteter Ansprüche, vor der Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 13/14/15 warnt;
- 16) "Wertungswiderspruch", nach Lange in JZ 1964 S. 640;
- 17) so: Fikentscher § 102 V 1 c; Planck-Brodmann § 993 Anm. 1 b; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Rdnr. 11 vor § 987, § 989 Rdnr. 8, soweit die Ansprüche nicht auf die Nutzungen gehen, sollen die §§ 812 ff neben den §§ 987 ff gelten, § 993 Rdnr. 5; Peters in AcP Bd. 53 S. 464 und ähnlich in Erman-Peters Anm. 1 vor § 987; dagegen: Erman-Hefermehl Anm. 16 vor § 987, nur eine Bereicherung in sonstiger Weise könne mit §§ 987 ff konkurrieren;

die aufgezeigten Spannungen vermieden. Dem steht jedoch der erklärte und in § 993 zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers bei der Schaffung der Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Rechts entgegen ^{17a)}; für den nichtberechtigten Besitzer sollte mit den Vorschriften der § 987 ff eine abschließende und erschöpfende Sonderregelung geschaffen werden ¹⁸⁾. Die Besonderheiten dieser Regelung in der Haftung des redlichen Besitzers gemäß den §§ 987 ff müßten bei Anwendung des Bereicherungsrechts entfallen, das den Unterschied zwischen gut- und bösgläubigen putativrechtlichen Bereicherten nicht kennt; § 819 Abs. 1 stellt der Kenntnis der fehlenden causa die grobfahrlässige Unkenntnis nicht gleich.

Mit der durch die Anwendung des Bereicherungsrechts bewirkten Aufhebung der Sonderregelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses durch die §§ 987 ff würden diese Vorschriften überflüssig. Der Eigentümer könnte grundsätzlich dieselben Ansprüche wie aus Eigentum aus Bereicherungsrecht herleiten. Er müßte lediglich statt einer Verletzung des Eigentumsanspruchs eine Beeinträchtigung des Bereicherungsanspruchs geltend machen. Allein in einem Fall - wenn ein Oberbesitzer die Sache des Eigentümers zu Unrecht einem Dritten als Unterbesitzer ¹⁹⁾ weitergegeben hätte, - bliebe der Eigentümer bereicherungsrechtlich - anders als vindikationsrechtlich - auf seine Ansprüche gegen den Oberbesitzer beschränkt und könnte den Dritten nicht in Anspruch nehmen, da dieser seinen Besitz nicht unmittelbar auf seine Kosten erlangt hätte ²⁰⁾. Das Eigentümer-Besitzer-Recht mit seiner diffizilen Regelung nur bestehen zu lassen, um den Eigentümer in einem bestimmten Fall einen über das Bereicherungsrecht hinausgehenden Anspruch gegen den Unterbesitzer zu geben, wäre nicht gerechtfertigt.

Hinzukommt, daß eine echte Anspruchskonkurrenz im Verhältnis der §§ 987 ff zu den §§ 812 ff nicht gegeben ist ²¹⁾. Anspruchskonkurrenz beruht regelmäßig

17a) s. oben § 3 Anm. 31;

18) vgl. § 3 Anm. 31 - 33 der Arbeit;

19) erwirbt der Unterbesitzer Eigentum, so entfällt ohnehin das Eigentümer-Besitzer-Recht als mit dem Bereicherungsrecht konkurrierender Rechtsbereich;

20) seinen unmittelbaren Besitz hat der Eigentümer schon an den Oberbesitzer verloren, von dem ihn der Unterbesitzer erlangt hat, ebenso auch seinen mittelbaren Eigenbesitz, wenn der Oberbesitzer die Sache unterschlägt und weiter veräußert; unterschlägt der Unterbesitzer die Sache, so kann eine entsprechend weite Auslegung dem Eigentümer unmittelbar einen Anspruch aus Bereicherungsrecht gegen den Unterbesitzer geben, der unmittelbar auf seine Kosten den Eigenbesitz erlangt hat;

21) vgl. zum folgenden; Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 14 und Passivlegitimation S. 234; Peters in AcP Bd. 153 S. 455 ff, 462/63;

darauf, daß die einzelnen zur Anwendung kommenden anspruchsbegründenden Normen die jeweiligen Ansprüche aus verschiedenartigen Rechtsgründen herleiten. Ansprüche entstehen aus relativem - obligatorischem - und absolutem - etwa dinglichem - Recht auf Herstellung des diesem Recht entsprechenden Zustands oder aus seiner Verletzung; die Ansprüche bestimmen sich dabei nach besonderen rechtlichen Regeln, wo ein wirksames Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten besteht, oder nach "Notordnungen", wenn ein rechtloser Zustand herrscht. Auf diese Weise besteht eine wahre Konkurrenz zwischen den Ansprüchen aus Vertrag auf Erfüllung oder aus Verletzung, aus Delikt und aus Eigentum oder Besitz.

Vindikationsansprüche und Bereicherungsansprüche dagegen unterscheiden sich nach diesen Kriterien für eine Anspruchskonkurrenz nicht; vielmehr erscheint der Vindikationsanspruch mit seinen Nebenansprüchen als eine Unterart des Bereicherungsanspruchs mit dessen Nebenansprüchen. Beide Anspruchsarten gründen sich im Hauptanspruch auf das Eigentum, in den Nebenansprüchen auf den Anspruch auf Herausgabe der fremden Sache oder aus Verletzung dieses Anspruchs; beide Anspruchsarten bestimmen sich nach einer Notordnung, weil zwischen den Beteiligten ein rechtloser Zustand herrscht.

Aus dieser Erkenntnis darf jedoch nicht, wie Peters es tut ²²⁾, die Schlußfolgerung gezogen werden, das Eigentümer-Besitzer-Recht regele keine Sondertatbestände und könne daher auch nicht als Sonderregelung das allgemeine Bereicherungsrecht ausschließen. Wenn auch den §§ 985 ff keine wertmäßig gesondert gelagerten Tatbestände zu Grunde liegen, so regeln diese Vorschriften jedoch insofern Sondertatbestände, als sie eigene Regeln für einen besonders gelagerten Unterfall des Bereicherungsrechts aufstellen ²³⁾, in dem der Eigentümer den rechtlosen Besitzer in Anspruch nimmt. Als echte *leges speciales* schließen die §§ 987 ff, soweit ihre Voraussetzungen gegeben sind, daher die *leges generales* der §§ 812 ff aus.

Entscheidend gegen den Versuch, durch Anwendung des Bereicherungsrechts die Unbilligkeiten im Eigentümer-Besitzer-Recht lösen zu wollen, spricht letztlich, daß auf diese Weise die im Vindikationsrecht entstehenden Probleme nicht gelöst, sondern umgangen werden, indem die Voraussetzungen der Haftung vereinfacht und damit erweitert werden auf das bloße Bestehen eines rechtlosen Zustands. Die Unvollkommenheit der Ausgestaltung der Rechtsfolgen in den §§ 987 ff wird auf diese Weise anerkannt und sanktioniert.

22) S. 455, 462 ff, insbesondere S. 464;

23) Heck § 684 sagt, das Eigentümer-Besitzer-Recht sei eine "zum Teil eingeschränkte Bereicherungshaftung"; schließt dennoch aber dessen Anwendung in den §§ 987 ff nicht aus;

II. Diese Grundsätze lassen auch eine beschränkte Anwendung des Bereicherungsrechts im Eigentümer-Besitzer-Recht ungerechtfertigt erscheinen, wie sie ebenfalls von einem Teil der Rechtslehrer vorgeschlagen wird ²⁴⁾. Neben den vindikationsrechtlichen Nebenansprüchen soll die Leistungskondition zugelassen sein ²⁵⁾, da für die Fälle einer Leistung des Eigentümers an den Besitzer das Kondiktionsrecht das typischere und damit interessengemäßigere Recht enthalte, das Vindikationsrecht dagegen unzureichend sei; für den Fall der Kondition von "in sonstiger Weise Erhaltenem" sei das Eigentümer-Besitzer-Recht in sich vollständig und abgestimmt; der leichtfahrlässig von einem Dritten erwerbende Eigenbesitzer erhalte gemäß § 932 das Eigentum und hafte nicht; der grobfahrlässig Erwerbende werde nicht Eigentümer und hafte als unrechtmäßiger unredlicher Eigenbesitzer-

- 24) so Westermann § 31 III 1 b; Staudinger-Berg § 987 Rdnr. 10; Rdnr. 6 vor § 987, nach ihm sollen typische Bereicherungsfälle bei Nichtigkeit des Kaufsverhältnisses nach §§ 812 ff abgewickelt werden; Erman-Hefermehl Anm. 1 c vor § 985, Anm. 16 vor § 987; Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 17 vor § 987, der sagt, bei rechtsgrundlosem Erwerb komme eine Bevorzugung des Besitzers nicht in Betracht, und § 993 Rdnr. 1; ähnlich Heck § 69 7; vgl. auch Baur § 11 B II 2; Siebert in DGWR 1940 S. 241 ff; Lange in JZ 1964 S. 642; so auch von Caemmerer - S. 154 Anm. 42 -; er geht noch weiter und will bei der Leistungskondition die § 987 ff ausschließen, die allein für die Fälle der Eingriffskondition zur Anwendung kommen sollen; von Caemmerer hält die § 987 ff für ausgeschlossen, wenn der Eigentümer dem Besitzer durch ein besonderes, durch die Besitzüberlassung ausgeführtes, Schuldverhältnis verbunden ist und dadurch seine Eigentümerstellung verändert hat; ebenso Raiser in Festschrift Wolff S. 139; dagegen: Raiser in JZ 1961 S. 531 Anm. 8, weil eine solche Auffassung zu einer "Entwertung der Vindikation als einer Unterart der Eingriffskondition führen müßte"; ähnlich wie von Caemmerer war zeitweilig das RG - in E 125 S. 307 (310/311) - der Ansicht, bei Leistungskondition sollten dem Eigentümer Ansprüche aus den §§ 812 ff und den §§ 987 ff wahlweise zustehen, wählte der Eigentümer die Bereicherungsansprüche, so seien nunmehr die vindikationsrechtlichen Ansprüche ausgeschlossen; diese Rechtsprechung ist später wieder aufgegeben worden;
- 25) vgl. zum folgenden: Lange aaO, der auf die Möglichkeit, Bereicherungsrecht im beschränkten Umfang im Eigentümer-Besitzer-Recht anzuwenden, hinweist, jedoch auch diesen Weg zur Beseitigung des Wertungswiderspruchs in § 818 Abs. 4 bzw. § 989 als unbefriedigend ansieht;

zer²⁶⁾; diese Ausgewogenheit der Regelung fehle für den Besitzer, der vom Eigentümer selbst erwerbe; für ihn könne bei Mängeln des Erwerbsaktes kein nach § 932 rechtserheblicher guter Glaube vorliegen, insoweit sei die Regelung in den §§ 987 ff unvollständig; wo kein vom Gesetz geschützter Glaube bestehe, entfalle auch der Grund einer Freistellung von Zufallshaftung, daher seien zur Ergänzung der §§ 987 ff die §§ 812 ff, insbesondere § 818 Abs. 4 iVm §§ 292, 284, 285, 287 anzuwenden.

Diese Lösungsmöglichkeit erscheint interessengerechter, zumal das Vindikationsrecht im Gebiet der Eingriffskondiktion bei dem Gewaltbesitzer durch das Deliktsrecht ergänzt wird, durch das für Haftungsfälle mit besonderem Unrechtsgehalt weitere Haftungsmöglichkeiten eröffnet werden. Abzulehnen ist aber auch diese Meinung aus den zu I angeführten Gründen; dazu kommt, daß auch diese Lehre keine vollständige Lösung aller Haftungsprobleme bietet²⁷⁾.

Der gutgläubige Eigenbesitzer erwirbt auch von einem Nichtberechtigten sein Recht; bei dem gutgläubigen Fremdbesitzer aber, dessen zu erwerbendes Besitzrecht kein sachenrechtliches, sondern ein von dem obligatorischen Grundgeschäft abhängiges Recht ist, kann guter Glaube nicht zum Rechtserwerb führen. Es besteht aber kein Grund, den gutgläubigen Mieter, der die Sache auf Grund unwirksamen Vertrags von einem Nichteigentümer gemietet hat, gemäß § 989 von der Zufallshaftung freizustellen, denselben Mieter aber nach §§ 818 Abs. 4, 292 haften zu lassen, wenn er die Sache unmittelbar vom Eigentümer - wenn auch unwirksam - gemietet hat. Der Besitzer müßte schärfer haften, obwohl er die Sache vom Berechtigten erhalten hat²⁸⁾. Ebenso bleibt die Wertungsspannung bei diesem Lösungsvorschlag bestehen, wenn Gegenstand der Vindikation eine gestohlene Sache ist. Hat der Besitzer diese Sache gutgläubig von einem Nichtberechtigten "zu eigen" erworben, so ist er, obwohl er wie im Fall der Leistungskondiktion nicht Eigentümer der Sache geworden ist, allein deshalb von der Zufallshaftung freigestellt, weil kein Fall einer Leistungskondiktion vorliegt. In diesem Fall besteht aber kein rechtlich erheblicher Unterschied zwischen einem Erwerber der Sache von dem Eigentümer oder einem Dritten, der eine Haftungsfreistellung bei Sacherwerb von dem Nichtberechtigten rechtfertigen könnte.

26) Lent S. 239;

aus diesem Grund sah die 2. Kommission davon ab, etwa § 990 Abs. 1 an § 818 Abs. 4, §§ 819 Abs. 1 anzugleichen; sie hielt die bestehenden Unterschiede für gerechtfertigt; vgl. Protokolle S. 340 = Mugdan S. 673;

27) das gibt auch Lange zu aaO. S. 642;

28) Lange aaO S. 642;

III. Diesen verbleibenden Unzuträglichkeiten kann begegnet werden, indem, wie es Lange und Siber als Lösungsmöglichkeit andeuten ²⁹⁾, § 818 Abs. 4 eng wie § 989 nach der h. M. ausgelegt wird; der redliche Konditionsschuldner haftet nur für schuldhafte Beeinträchtigung des Bereicherungsanspruchs, nicht aber für zufällige Beeinträchtigungen oder für Verzögerung seiner Leistungsverpflichtung nach §§ 812, 818.

Auch dieser Vorschlag kann nicht befriedigen. Ist der Begriff der Redlichkeit mit seinen Haftungsfreistellungen in das Bereicherungsrecht eingeführt, so erübrigt sich zwar dessen Anwendung im Eigentümer-Besitzer-Recht, weil § 818 Abs. 4 zu keiner weitergehenden Haftung mehr als § 989 führt; die Wertungsspannung wird jedoch nicht beseitigt; sie besteht jetzt zwischen dem ungerechtfertigten Bereicherten, der auch Eigentümer geworden ist ³⁰⁾ und daher bei Rechtsgrundlosigkeit unbeschränkt nach § 818 haftet, und dem Besitzer, der nicht Eigentümer geworden ist; denn der Begriff der Redlichkeit kann haftungsbeschränkend im Bereicherungsrecht nur in Fällen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses wirken, weil dann allein ein Auseinanderfallen von wahrer und vorgestellter Rechtslage hinsichtlich der dinglichen Berechtigung möglich ist.

Hinzu kommt, daß eine Haftungsbeschränkung gemäß § 989 dem Wesen des Kondiktionsrechts und dem Gesetz widerspricht. Die Regelung nach §§ 812 ff will einen Ausgleich schaffen für die Fälle, in denen ein Kausalverhältnis - das auch eine Haftungsbeschränkung hätte enthalten können - fehlt. Für diese Fälle verweist § 818 Abs. 4 bei Rechtshängigkeit auf die Regelung nach § 292; diese Vorschrift aber beläßt dem Entreicherten ausdrücklich seine ungeminderten Rechte aus Verzug.

5. Die Vorschrift der § 987 ff als ausschließliche Sonderregelung zu betrachten, bleibt der Grundsatz, dem zu folgen ist. Für die damit bestehen bleibenden Probleme können befriedigende Lösungen nur gefunden werden, wenn die auftauchenden Unbilligkeiten dort beseitigt werden, wo sie auftreten, im vorliegenden Fall also auf der Rechtsfolgenseite des § 989. Die Frage darf daher nicht sein, welche fremden Normen auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch angewendet werden können, sondern welche Rechtsfolgen, die Normen anderer

29) Lange aaO S. 642/643; Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 15;

30) und bei dem daher nie ein Vindikationsverhältnis mit dem Entreicherten bestand, Lange aaO S. 643;

31) Lange aaO S. 642;

Rechtsgebiete anordnen, auch in den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Rechts enthalten sind. Konkret ist die Frage: Führt nicht auch § 989 wie § 818 Abs. 4 über § 292 zur Zufallshaftung aus Verzug?

Wenn die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung die Möglichkeit einer Zufallshaftung des Prozeßbesitzers aus Verzug ausschließt³²⁾, so beruht das auf zwei Prämissen:

- 32) Leske § 119 IV 1, 3; Eck-Leonhard S. 172; Crome § 417 II 1 a; Landsberg § 181 II 3; Endemann § 92 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 3 und Anm. 19; Siméon § 95 Anm. 9; Heck § 68 8; Jung S. 970; Schmidt bürg. R. S. 67; Lehle S. 23; de Boor S. 387; Eichler S. 202/208; J. von Gierke § 39 IV 2 b; V 2 b; Hedemann 3. Aufl. § 29 IV cc; Lent-Schwab § 45 III 1; Wolff-Raiser § 85 III 2, 3; Kuhlenbeck BGB § 989 Anm. 4; Neumann BGB § 990 Anm. 2; Türcke-Niedenführ-Winter § 989 Anm. 1, § 990 Anm. 7; Biermann § 989, § 990 Anm. 6; Warneyer-Bohnenberger § 990; Fischer-Henle § 989 Anm. 6; Planck-Brodmann § 989 Anm. 3; Müller BGB § 990 Anm. 2 D; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 987 Rdnr. 2, § 990 Rdnr. 10; Staudinger-Berg § 987 Rdnr. 4; § 989 Rdnr. 1; Achilles-Greif-Leiss Anm. A II 1 c vor § 986; § 990; RGRK-Johannsen § 987 Anm. 17, § 989 Anm. 8, § 990 Anm. 23; Soergel-Siebert-Mühl § 989 Rdnr. 7, § 990 Rdnr. 12; Erman-Hefermehl Anm. 10, 1 vor § 987 § 989 Anm. 3; Rosenthal-Kamnitzer-Bohnenberg § 990 Anm. 3; Palandt-Hoche Anm. 2 b dd vor § 987; Buhl S. 78; Bunsen aaO S. 232/433; Jess in DJZ 1905 Sp. 726; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 536/37; Siber Rechtszwang S. 117 (Anm. 4) und in IdogmJB Bd. 89 S. 35/36; Lange in JZ 1964 S. 641; Brox in JZ 1965 S. 517; RG in SA Bd. 36 Nr. 260; OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4; RG in JW 1910 S. 4, 1 = Recht 1910 Nr. 82 = Seuff. Blätter Bd. 75 S. 571/72; RG in Recht 1910 Nr. 324; in Warn. 1936 Nr. 173 S. 334; OLG Stettin in E 26 S. 62 BGH in JR 1958 S. 301 und st. Rspr.; vgl. auch § 7 C 3 I der Arbeit;

die Begründung der hM geht darauf hinaus, daß Zufallshaftung im Eigentümer-Besitzer-Recht Verschulden, nicht nur Verursachung, erfordere; Verschulden des redlichen Prozeßbesitzers aber liege bei zufälligen schädigenden Ereignissen nicht vor; vgl. Lent-Schwab aaO; Soergel-Siebert-Mühl aaO;

aa offenbar Cosack-Mitteis § 56 III, wenn er sagt: der redliche Besitzer komme auch nach Klagerhebung "nicht ohne weiteres in Verzug"; damit erkennt er offensichtlich die Möglichkeit einer Zufallshaftung des redlichen Prozeßbesitzers an;

ähnlich Baur § 11 A 3 b, der sagt, bei Unredlichkeit und Prozeßbesitz

die Rechtshängigkeit führe nicht zur Unredlichkeit, und die Unredlichkeit allein führe zur Verzugshaftung.

Diese beiden Rechtssätze sind auf ihre Richtigkeit zu untersuchen.

B. EINFLUSS DER RECHTSHÄNGIGKEIT AUF REDLICHKEIT UND HAFTUNG DES PROZESSBESITZERS

1. Der redliche Prozeßbesitzer kann allein gemäß § 990 Abs. 1 S. 2 unredlich werden, weil er als Inhaber der fremden Sache, die er allenfalls leichtfahrlässig erworben hat, vom Eigentümer verklagt wird. Wenn aber § 990 Abs. 1 S. 2 Redlichkeit nach Besitzerwerb andauern läßt, bis der Besitzer von seiner Nichtberechtigung positive Kenntnis erhält - sogenannte mala fides superveniens -, so wird der Prozeßbesitzer durch die Klagerhebung mit der Übermittlung der Klageschrift ³³⁾ nicht notwendigerweise unredlich ³⁴⁾.

Fortsetzung der Fußnote 32)

treffe auch Zufall den Eigentümer, es sei denn, es liege Verzug vor; Westermann vertrat in den Voraufgaben ebenfalls die ganz herrschende Meinung - vgl. § 31 III 1 a, § 32 II 3, IV 1 der 4. Auflage. In der 5. Auflage § 32 IV 2 d läßt er es jedoch offen, ob nicht wie in § 990 II auch in § 989 § 287 anzuwenden sei; es spreche vieles dafür, zumal das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ein dem Schuldverhältnis so ähnliches Verhältnis sei, daß Verzug auch mit der Folge des § 287 möglich sein müsse;

- 33) bzw. der Geltendmachung des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung nach § 281 oder § 500 II 1 ZPO;

- 34) so heute ganz unstreitig;

vgl. Leske § 119 Anm. 11 und Anm. 3; ähnlich Eck-Leonhard S. 172 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 18; Cosack-Mitteis § 56 II; Si-méon § 95 Anm. 1; de Boor S. 386; Eichler S. 203 Anm. 81; S. 209; Westermann § 32 II 1; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 555; Ehrenzweig aaO S. 311 (Anm. 84); Imlau in MDR 1957 S. 264; Birk in JZ 1963 S. 354; Brox in JZ 1965 S. 517;

so schon: oberst. GerHof für Bayern in SA Bd. 32 Nr. 186; OLG Darmstadt in SA Bd. 15 Nr. 4; seither ständ. Rspr.; unklar: Scherer S. 161 Anm. 298, der sagt, die Inverzugsetzung zerstöre den guten Glauben nicht, jedoch bewirke die Klagzustellung im Resultat die Rechtsfiktion des bösen Glaubens; aA: Loewenwarter § 987, er sagt, mit Prozeßbeginn erfahre der Besitzer das bessere Recht;

wie hier auch alle BGB-Kommentare;

Der Eigentümer überfällt den Besitzer regelmäßig nicht mit der Klage, sondern verlangt vorher seine Sache von ihm zurück und legt dar, worauf nach seiner Ansicht seine Berechtigung und des Besitzers Nichtberechtigung beruhe. Die Klageschrift enthält dann lediglich die Zusammenfassung alles bereits bisher Vorgetragenen³⁵⁾. Konnte dieses den redlichen Besitzer bisher nicht überzeugen, so vermittelt ihm auch die Zusammenfassung in der Klageschrift nicht die erforderliche Kenntnis seiner Nichtberechtigung.

Ihre Ursache kann die mangelnde Kenntnis des Besitzers in vielem haben. Der Eigentümer kann unrichtige oder unvollständige tatsächliche Angaben machen oder unzutreffende Rechtsansichten vertreten; infolgedessen wird der Besitzer in seinem Irrtum beharren. Aber auch, wenn der Vortrag des Eigentümers zutreffend ist, wird der Besitzer sich nicht immer überzeugen lassen, insbesondere wenn seine Rechtsansicht nicht völlig abwegig ist, weil sie mit einer Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung übereinstimmt oder sich auf ein später aufgehobenes erstinstanzliches Urteil stützt³⁶⁾.

Solche rechtlichen Irrtümer können nicht immer zu Ungunsten des Irrenden ausschlagen³⁷⁾. Es ist ein Grundprinzip unserer Rechtsordnung, daß ein Tatsachenwie ein Rechtsirrtum entschuldbar sein kann³⁸⁾. Zwar haben sich im Laufe der Zeit die Anforderungen an die Erheblichkeit eines Rechtsirrtums gewandelt, bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzung wird aber immer die Entlastung des Irrenden anerkannt³⁹⁾. Das geschieht zu Recht; es kann der laienhafte Besitzer nicht wissen, worüber Rechtskundige streiten, und was Gerichte erst entscheiden

35) so schon Savigny § 264 S. 82/83;

36) vgl.: Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 10; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 3; RG in Gruchot Bd. 50 S. 985; in JW 1911 S. 1015, 9 = Warn. 1912 Nr. 31; Hans. OLG in HansGZ 1927 Beiblatt S. 100; sogar ein später bestätigtes erstinstanzliches Urteil braucht in schwierigen, zweifelhaften Rechtsfragen noch nicht notwendig Unredlichkeit hervorzurufen;

37) vgl.: RGRK-Johannsen § 990 Anm. 22; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2; etwa auch Planck-Brodmann § 990 Anm. 2 b;

38) so BGH in E 32 S. 76 (92) = LM 1 zu Art. 59 GG = in MDR 1960 S. 568; das galt schon im gemeinen Recht, vgl. Wächter Pandekten § 122 Beilage S. 50, und im preußischen Recht, vgl. Förster-Eccius § 163 Anm. 18;

39) vgl. früher RG in LZ 1907 Sp. 342, 9; in Recht 1907 Sp. 375, 734; in E 73 S. 333 (335 ff); später etwa in E 110 S. 1 (17/18); in E 146 S. 133 (143 - 45); E. 148 S. 235; in E 156 S. 113 (120); BGH etwa in E 36 S. 344 = LM 4 zu allg. VwR = in JW 1962 S. 1012 = in MDR 1962 S. 462; in LM 1 zu § 285 = MDR 1951 S. 217 = in JZ 1951 S. 240 = NJW 1951 S. 398; vgl. Lange in JZ 1964 S. 640/641; aA Josef in Gruchot Bd. 51 S. 541 für den Fall

müssen ⁴⁰⁾. Der Besitzer, der einer später verworfenen Rechtsansicht folgt, weil sie ihm günstig ist, verdient Schutz ⁴¹⁾. In einem geringen Umfang kann der herausgabepflichtige Besitzer daher auf die Gefahr des Eigentümers prozessieren ⁴²⁾; obwohl er diesem in einer eigenen Rechtsangelegenheit gegenübertritt, braucht er nicht die volle Gefahr für die Unrichtigkeit seiner Rechtsansicht zu übernehmen ⁴²⁾, solange diese objektiv vertretbar ist, kann ihn sein Irrtum entschuldigen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und in welchem Umfang ein entschuldbarer Irrtum des Fremdbesitzers über seine Verpflichtung vorliegen kann, da er als Schuldner immer seine Rückgabeverpflichtung kennen muß ^{42a)}. Bei dem redlichen unverklagten Eigenbesitzer scheidet die Möglichkeit einer solchen Kenntnis aus, er ist nicht Schuldner des Eigentümers.

Die in der Klage zum Ausdruck kommende Auffassung des Eigentümers braucht daher dem Besitzer keine Kenntnis seiner Nichtberechtigung zu vermitteln, wenn diese Auffassung objektiv nicht überzeugend ist, insbesondere auch auf falschen Tatsachen beruht, oder sich der Besitzer in einem erheblichen Rechts- oder Tatsachenirrtum befindet ⁴³⁾. Insoweit ist die erste Prämisse der herrschenden Meinung richtig.

2. Ganz ohne Einfluß auf die Überzeugung des Besitzers von seiner vermeintlichen Berechtigung kann die Klagerhebung jedoch nicht bleiben.

-
- 40) so schon OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4; RG in JW 1905 S. 494; in JW 1910 S. 4, 1 = Recht 1910 Nr. 82 = in Seuff. Blätter Bd. 75 S. 571/72; vgl. auch RG in E 118 S. 288 (292); und in SA Bd. 83 Nr. 165; Locher in JW 1925 S. 465/66; Reinhardt in JW 1930 S. 1379;
- 41) vgl. zum ganzen ausführlich Savigny § 264 S. 86 ff; vgl.: Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2 - der Besitzer darf das Urteil abwarten, ohne in Verschulden zu geraten; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 10; Lange in JZ 1964 S. 642; HansOLG in HansGZ 1927 Beiblatt S. 99/100, ebenso in LZ 1920 Sp. 665; vgl. OLG München in E Bd. 21 S. 229; RG in JW 1905 S. 494; in E 110 S. 430 (435); in Warn. 1933 Nr. 113;
- 42) vgl. insbes. Josef in Gruchot Bd. 51 S. 539-541; Lange aaO S. 642/643;
- 42a) aus diesem Grund hält Josef in Gruchot Bd. 51 S. 539-41 die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums - für Verzug - für ausgeschlossen; so auch Lange aaO S. 642/43;
- 43) das galt schon im gemeinen Recht; vgl. Vangerow I § 333 I 1, 2; Wächter Pandekten § 143 Beilage II B II;

Die bisher getroffene Feststellung, daß Klagerhebung Redlichkeit nicht zu beseitigen brauche, ergab sich allein aus dem Inhalt des Klagvorbringens. Die Klagerhebung als Prozeßeinleitung war dabei unberücksichtigt geblieben. Diese möglichen, auf dem Inhalt der Klageschrift beruhenden, Wirkungen könnte der Eigentümer auch ohne Klagerhebung herbeiführen; die Klageschrift ist insoweit nur Träger materiellrechtlich bedeutsamer Erklärungen ⁴⁴⁾ und stellt eine besonders eindringliche Mitteilungsform dar ⁴⁵⁾. Wird der Besitzer durch diese Mitteilung von seiner Nichtberechtigung überzeugt, ist das keine Folge der Klagerhebung als eines öffentlichrechtlichen Aktes ⁴⁶⁾.

I. Die Klagerhebung als Prozeßeinleitung - kurz die Rechtshängigkeit - muß aber eigene Wirkungen haben, sonst ließe sich die Verschuldenshaftung des verklagten Besitzers nicht erklären ⁴⁷⁾. Zur Rechtshängigkeit führt die Einleitung eines Rechtsstreits, in dem ein Streitverhältnis - wie in §§ 985, 986 der Streit zwischen Eigentümer und nichtberechtigtem Besitzer - einem Gericht zur Entscheidung vorgelegt wird. Ideal wäre es, könnte das Urteil sofort gesprochen werden. Das ist nicht möglich. Es soll aber der Idealzustand möglichst erreicht werden ⁴⁸⁾ - der Kläger soll durch die Verzögerung während der Dauer des Rechtsstreits keinen Nachteil erleiden ⁴⁹⁾ - durch Hilfsmittel wie die Rückwirkung des Urteilsspruchs und die Begründung der Prozeßhaftung. Sie beruht nicht unmittelbar auf der Rückwirkung des Urteils; denn durch die Rückwirkung wird fingiert, der Besitzer habe ab Rechtshängigkeit auch um seine Herausgabepflicht gewußt. Ihn deswegen haften zu lassen, müßte zu einer Haftung für fingiertes Verschulden führen, die gerade keine Verschuldenshaftung wäre ⁵⁰⁾.

44) Ehrenzweig aaO S. 287/288; vgl. Geib S. 189;

45) vgl.: Hellwig Lehrbuch § 172 V 1; Schmidt ZPO S. 414; Weismann § 88 IV; Kohler in ZZP Bd. 29 S. 5;

46) Hellwig Lehrbuch § 172 Anm. 13, vgl. auch § 173 V 3, derselbe System § 136 III 3; Kussi S. 9; vgl. Oertmann in ZHR Bd. 78 S. 30;

47) vgl. schon Wächter Württbg.PrR § 71 C S. 522/523;

48) Kohler in ZZP Bd. 29 S. 6; vgl. auch Savigny § 256 S. 4;

49) Weismann § 88 IV; Crome § 129 I 2, der jedoch fordert, der Kläger dürfe nicht gestellt werden, wie er bei sofortiger Leistung stünde; Hellwig Lehrbuch § 172 III; Heilfron-Pick S. 586; Endemann I § 86 b 2 b S. 467; Lippmann aaO S. 377; Kohler Lehrbuch § 71 S. 217;

50) so aber offenbar Hellwig Lehrbuch § 172 Anm. 71, wenn er sagt, es steigere sich die Haftung des Besitzers infolge seines nachträglich eintretenden Wissens, wenn er verklagt werde; so auch Ehrenzweig S. 314, er ist der Auffassung, der redliche Besitzer dürfe während des Prozesses recht-

Die Prozeßhaftung ist jedoch eine Haftung für tatsächliches Verschulden. Haftung setzt im Zivilrecht eine rechtswidrige Pflichtverletzung voraus. Mit der Einleitung des Rechtsstreits muß auch der von seinem Recht überzeugte Besitzer damit rechnen, daß er zur Herausgabe seiner vermeintlichen Sache verurteilt wird ⁵¹⁾, - und sei es nur aus prozessualen Gründen, sei es sogar materiell zu Unrecht ⁵²⁾, - und daß er wegen der Rückwirkung der im Urteil ausgesprochenen Herausgabeverpflichtung die Sache in dem Zustand zurückgeben muß, in dem sie sich bei Prozeßbeginn befand ⁵³⁾. Wegen dieser Möglichkeit ist jede Prozeßpartei der anderen gegenüber verpflichtet, solche Handlungen zu unterlassen, die das Recht des Ob-siegenden beeinträchtigen können ⁵⁴⁾. Verletzt eine Prozeßpartei diese Pflicht,

Fortsetzung der Fußnote 50)

mäßig über die Sache verfügen, er handele lediglich auf eigene Gefahr; werde er verurteilt, so werde er ex post verantwortlich und habe für völlig rechtmäßige Handlungen zu haften; diese These einer Haftung für rechtmäßiges Handeln muß als in sich widersprüchlich abgelehnt werden; es herrschte schon in den Redaktionskommissionen Streit darüber, ob der Prozeßbesitzer für echtes Verschulden hafte; in der zweiten Kommission wurde sowohl die Ansicht vertreten, der Prozeßbesitzer handele immer zumindest grobfahrlässig, wie auch die Ansicht, die Prozeßhaftung beruhe nicht auf der Annahme eines Verschuldens; vgl. Protokolle S. 340 = Mugdan S. 674;

- 51) Cosack-Mitteis § 56 II vgl. auch: Siméon § 95 I 4 b; Jung S. 970; de Boor S. 386; Crome § 129 I 2; Eichler S. 202; J. von Gierke § 39 V 1 b; Baur § 11 A II 2; Hellwig Lehrbuch § 172 III, derselbe System § 136 III; Lent-Schwab § 45 II 2; Türcke-Niedenführ-Winter § 989 Anm. 2 und alle BGB Kommentare zu § 989 bzw. 987; Siber Rechtszwang S. 119; Bunsen aaO S. 432; Schneider in MDR 1955 S. 719; OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4; RG in SA Bd. 76 Nr. 69; BGH LM 2 zu § 688; so Protokolle S. 376, Denkschrift S. 136 = Mugdan S. 674; der Grundsatz galt schon im gemeinen Recht; Arndts § 113 4 b; Baron § 95 II b; Regelsberger § 194 II 3; Dernburg Pandekten § 154 II 2 c; Windscheid-Kipp § 124 S. 631; Savigny § 264 S. 88/89; Eisele S. 19; dagegen mit ausführlicher, aber nicht überzeugender Begründung: Ehrenzweig aaO S. 311/12;
- 52) auch damit muß er rechnen, so Kleinfeller aaO S. 440;
- 53) daher begründet die Feststellungsklage keine Ansprüche aus § 989; sie kann lediglich zur mala fides superveniens führen; aA: Siber Rechtszwang S. 117 Anm. 3 und Hellwig Lehrbuch § 172 Anm. 71;
- 54) vgl.: Crome III § 417 II 1 a; Landsberg § 181 II 1 b; Endemann III § 92 2; Cosack-Mitteis § 56 II; Westermann § 32 II 1; Türcke-Niedenführ-Winter § 987 Anm. 7; Erman-Hefermehl § 989 Anm. 1; Bunsen aaO S. 432; RG in E 110 S. 1 (18);

so handelt sie rechtswidrig und es ist Raum für eine Verschuldenshaftung⁵⁵⁾. Die Rechtshängigkeit hat also die für die Haftung der Prozeßparteien erhebliche, sogenannte materielle⁵⁶⁾, Wirkung, zwischen ihnen ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Obhuts- und Erhaltungspflichten hinsichtlich der streitbefangenen Sache zu begründen⁵⁷⁾.

Fortsetzung der Fußnote 54)

etwas aa: Birk in JZ 1963 S. 354; der zu der Warnfunktion der Klage als Haftgrund noch ansieht, daß der Besitzer nicht berechtigt ist; das ist jedoch nicht notwendig; vgl.: § 7 E 2 I der Arbeit; der Beklagte muß sich als Verwalter einer fremden Sache fühlen; vgl. Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 987 Rdnr. 2, § 989; Staudinger-Berg § 987 Rdnr. 2; Erman-Hefermehl § 989 Anm. 1, ähnlich auch Erman-Peters § 989 Anm. 1; Bunsen aaO S. 432; Schneider in MDR 1955 S. 719; Josef in Seuff. Blätter 1913 S. 33/34; aa: Ehrenzweig aaO S. 311-13; so: Motive S. 407 zu § 933 E I = Mugdan S. 227; Protokolle S. 376; Denkschrift S. 136 = Mugdan 978; das galt schon im gemeinen Recht, vgl.: Wächter Pandekten § 143 Beilage II B II; Savigny § 272; Eisele S. 19/20; obst. GerHof f. Bayern in SA Bd. 32 Nr. 186; vgl. Sohm-Mitteis § 54 S. 314; Mitteis aaO S. 60; und im preußischen Recht, vgl. Gruchot Bd. 5 S. 533 mwN;

- 55) Haftgrund ist auch hier die - schuldrechtliche - Beeinträchtigung des Herausgabeanspruchs, Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 989 Rdnr. 1; Erman-Hefermehl § 989 Anm. 2; Palandt-Hoche Anm. 3 c cc vor § 987; durch die Verschuldenshaftung wird insoweit gewährleistet, daß auf die gutgläubige Verteidigung des Beklagten Rücksicht genommen wird, wie das in der Rechtslehre gefordert wird, vgl. Crome I § 129 I S. 2, Endemann I § 86 b 2, S. 568;
- 56) die Bezeichnung der Haftungssteigerung nach § 292 als materielle Wirkung der Rechtshängigkeit ist nicht unstreitig, sie entspricht aber der wohl herrschenden Lehre und folgt insoweit Heilfron-Pick S. 586 Anm. 6 d; Förster-Kann § 267 Anm. 1; wohl auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 267 Anm. I 1; vgl. auch: Lent-Jauernig S. 216; Crome I § 129 I 2; Stein-Gaupp § 267 I (4); Petersen § 267 Anm. 1; Schmidt ZPO S. 409/10; Stein-Junker § 49; Sydow-Krantz-Busch-Triebeil § 267 Anm. 1; etwas anderer Ansicht; Kussi S. 3 ff, 8; aa: Lippmann aaO S. 378, wenn er sagt, die materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit könnten im fast gleichen Umfang auch durch außergerichtliche Interpellation des Verpflichteten entstehen; er bezeichnet damit als mat. Wirkung der Rechtshängigkeit, was gar keine Wirkung der Rechtshängigkeit ist;
- 57) so Kohler Lehrbuch § 71 S. 217;
aa ist Sauer § 7 III 2, der meint, die Haftungssteigerung sei keine Folge

II. Mit dieser materiellen Wirkung beeinflusst die Rechtshängigkeit notwendigerweise die Überzeugung des Besitzers von seiner Berechtigung⁵⁸⁾.

a: Mit der Klagerhebung tritt dem von seinem Recht überzeugten Besitzer ein ebenso überzeugter und berechtigter Eigentümer entgegen⁵⁹⁾. Stellt sich dessen Berechtigung möglicherweise auch erst mit dem Urteil heraus, so erfährt der Besitzer mit der Klagerhebung doch, daß ein Dritter so überzeugt von seinem, das Recht des Besitzers ausschließenden Recht ist, daß er sogar das Prozeßrisiko auf sich nimmt. Bei dem redlichen Besitzer müssen sich Zweifel an seiner Berechtigung einstellen⁶⁰⁾; unterdrückt er sie, so nützt ihm das nichts; er wird wie ein normalverständiger, redlich denkender, von seinem eigenen Vorteil unbeeinflusster Mann behandelt⁶¹⁾, den Zweifel betroffen hätten. Wegen dieser Zweifel muß sich der Besitzer nunmehr bei jeder die Sache betreffenden Handlung, die das Recht an ihr beeinträchtigen kann, vor Augen führen, daß möglicherweise nicht sein, sondern des Prozeßgegners Recht beeinträchtigt wird. Handelt er trotzdem⁶²⁾, so nimmt er die Beeinträchtigung des fremden Rechts in Kauf. Er handelt mit Eventualdolus⁶³⁾.

Fortsetzung der Fußnote 57)

der Rechtshängigkeit, sondern der Anspruchsbetätigung, die nur durch prozessuale Geltendmachung besonders verstärkt sei; ebenso Wach, aaO S. 141, der neben der Inverzugsetzung - zu Recht - auch die gesteigerte Haftung des Beklagten - zu Unrecht - als Folge der in der Klage liegenden Anspruchsbetätigung sehen will; ebenso Stein-Junker § 49 I, wenn er sagt, die materiellen Wirkungen seien "der Lohn für die Rührigkeit des Klägers" und eine "Wirkung der privatrechtlichen Betätigung des Anspruchs";

58) de Boor S. 386; Endemann III § 92 Anm. 5 sagt, die Rechtshängigkeit wirke objektiv auch gegen den von seinem Recht Überzeugten; vgl. auch Enneccerus-Lehmann § 56;

59) vgl.: Westermann § 32 II 1; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 1; Kleinfeller aaO S. 440; Birk in JZ 1963 S. 354;

60) Endemann III § 92 2; Heck § 67 5; Hedemann - 2. Aufl. - § 29 III spricht von "quasi mala fides"; RGRK-Johannsen § 989 Anm. 2; und für das gemeine Recht: Wächter Pandekten § 143 Beilage II B II; Dernburg Pandekten § 154 II 2 c; oberst. GerHof für Bayern in SA Bd. 32 Nr. 186;

61) RGRK-Johannsen § 990 Anm. 12, 22;

62) bloß passives Verhalten ist nicht ausreichend, vgl. OLG Stettin in E Bd. 26 S. 62; Müller BGB § 989 Anm. B;

63) so; Bolze S. 104, er stellt schon die Frage, warum der so eventualdolos handelnde redliche Besitzer nicht auch vor Rechtshängigkeit haften solle; so auch Reichel, der die Gleichstellung des redlichen Prozeßbesitzers mit dem unredlichen Besitzer in manchen Punkten hierauf zurückführt - S. 17 (Anm. 29); vgl. auch Stillschweig S. 77/78;

Damit bewirkt die Rechtshängigkeit eine Erschütterung der Überzeugung des Besitzers von seiner Berechtigung und den Eventualdolus hinsichtlich aller, das Recht an der Sache beeinträchtigenden Handlungen ⁶⁴⁾.

b. Zufallshaftung ergäbe sich für den Prozeßbesitzer nun ohne weiteres aus § 990 Abs. 2, wenn diese Erschütterung des guten Glaubens und der Eventualdolus infolge der Rechtshängigkeit nach § 989 zur Unredlichkeit nach § 990 führten ⁶⁵⁾, was allerdings eine Erweiterung des bisher gebrauchten Begriffs der Unredlichkeit bedeutete. Unredlich in Form der mala fides superveniens wäre nicht nur der von seiner Nichtberechtigung überzeuhte, sondern bereits jeder Besitzer, der an seiner Berechtigung zweifelte und zweifeln müßte.

§ 990 Abs. 1 S. 2 definiert die mala fides superveniens ⁶⁶⁾ - ohne den Begriff zu gebrauchen - als das Erfahren von der Nichtberechtigung. Erfahren ist Kenntnis-bekommen und setzt die Existenz der zu erfahrenden Umstände voraus. Die zu erfahrende Nichtberechtigung muß der Rechtslage entsprechen, die Rechtsansicht, auf der sie beruht, muß richtig sein. Solange sich zwei vertretbare Ansichten gegenüberstehen, also bei erheblichem Irrtum über die Rechtslage, mag er auf der irrigen Annahme von Tatsachen oder einer irrigen Rechtsansicht beruhen, ist Raum für ein "Erfahren" erst, wenn die richtige Ansicht - im Rechtsstreit durch das Urteil - ermittelt ist. Ebenso ist, solange Eventualdolus möglich ist, weil der Vortrag des Klägers noch nicht objektiv überzeugend ist, ein "Erfahren" noch nicht möglich. Auch Eventualdolus setzt das Bestehen zweier verschiedener Rechtsansichten voraus, von denen das Urteil erst die richtige feststellt. Der eventualdolus handelnde Besitzer bleibt, auch wenn er seine Nichtberechtigung in Kauf nimmt, von seiner Berechtigung überzeugt. Seine Nichtberechtigung erfährt der redliche Prozeßbesitzer daher erst mit dem Urteil ⁶⁷⁾, nicht mit der Rechtshängigkeit, auch wenn das Urteil auf sie zurückwirkt. Zweifel an der Berechtigung und Eventualdolus infolge der Rechtshängigkeit führen damit nicht zur Un-

64) Cosack 1901 S. 164 meint, der verklagte redliche Besitzer verliere seine begünstigte Stellung; sehe er nun die Vindikation nicht ein, so tue er das auf eigene Gefahr; dennoch unterwirft Cosack den Prozeßbesitzer nicht der Zufallshaftung;

65) Heck § 67 6 b meint, ein ernstlich zweifelnder - wie in der Regel der Prozeßbesitzer - sei dem Fremdrechtler gleichzustellen;

66) grobe Fahrlässigkeit genügt nicht mehr, vgl. Endemann III § 92 Anm. 23 für alle;

67) RG in JW 1905 S. 494; BGH in E 26 S. 256 (258) = LM 6 zu § 990; vgl. Reinhardt in JW 1930 S. 3479;

redlichkeit iS des § 990⁶⁸⁾.

III. Damit bleibt die bereits aufgezeigte Widersprüchlichkeit bestehen, die in dem Nebeneinanderbestehen von Redlichkeit und Verschuldenshaftung liegt. Die Rechtshängigkeit erschüttert den guten Glauben und bewirkt Verschuldenshaftung, ohne zur Unredlichkeit zu führen. Verschuldenshaftung und Redlichkeit aber schließen sich gegenseitig aus. Verschuldenshaftung setzt, wie ausgeführt ist, eine vorwerfbare Pflichtverletzung voraus. Dem schuldhaft handelnden Besitzer wird ein Außerachtlassen der Sorgfaltspflicht gegenüber der Sache vorgeworfen, weil diese möglicherweise eine fremde sei, womit er hätte rechnen müssen. Gerade dieser Vorwurf kann dem redlichen Besitzer nicht gemacht werden, bei dem das Gesetz anerkennt, daß er mit seiner Nichtberechtigung nicht habe zu rechnen brauchen^{68a)}. Es kann aber nicht die Unkenntnis der Nichtberechtigung in demselben Haftungstatbestand zur Bestimmung der Redlichkeit als nicht vorwerfbar, für die Bestimmung des Verschuldens aber als vorwerfbar gewertet werden. Dieser Widerspruch zeigt, daß die Haftung des Prozeßbesitzers weder auf Unredlichkeit beruht, noch durch Redlichkeit ausgeschlossen ist. Der Begriff der Unredlichkeit ist vielmehr für die Haftung indifferent. Redlichkeit besagt bei dem Prozeßbesitzer, dem nach § 990 Abs. 1 Satz 2 nur noch mala fides superveniens schaden kann, und der daher solange redlich bleibt, wie er nicht Fremdrechtlter wird, nur etwas über seine Einstellung zu der fehlenden Berechtigung an der Sache, die er besitzt. Allein von dieser Einstellung ist die Haftung jedoch - wie bereits in § 4 6 II b ausgeführt ist - nicht abhängig zu machen, weil das zu Zufälligkeiten führte. Die Haftung hinge von der Einsicht und Vorsicht des Nichtberechtigten ab; der Uneinsichtige oder Leichtsinnige wäre bevorzugt.

Haftung als Folge rechtswidriger Pflichtverletzung setzt vielmehr - wie das bereits die Untersuchung der Unredlichkeit des Putativrechtlers gezeigt hat, - voraus, daß an das Verhalten des Haftenden ein objektiver Wertungsmaßstab gesetzt wird, der aus der Rechtsordnung entnommen wird und die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung feststellt⁶⁹⁾. An der Rechtsordnung muß die Einstellung des putativ-

68) im Ergebnis wie hier; Reichel S. 24, der den Zweifler als Eventualwisser dem fahrlässig Handelnden gleichstellt. Josef in Gruchot Bd. 51 S. 535 Anm. 4; Dietz S. 187 Anm. 11; ebenso Förster-Eccius § 163 S. 107 für das ALR;

68a) vgl. Siméon § 95 Anm. 9, I 4 b, und § 7 Anm. 6 der Arbeit;

69) wie bei der Feststellung der Unredlichkeit des Putativrechtlers nach § 990 I 2 iVm § 932 ist auch für die Verpflichtung des Putativrechtlers zur Haftung, die unabhängig von der Unredlichkeit eintritt, das Verschulden an der Her-

rechtlich Handelnden gemessen werden, um zu entscheiden, ob er haften, d. h. zur Verantwortung gezogen werden muß. Haftungsbegriff ist - im Gegensatz zur Redlichkeit - der Begriff der Verantwortlichkeit⁷⁰⁾. Er bezeichnet - insofern wie die Redlichkeit - die Einstellung des nichtberechtigten Besitzers zu der Berechtigung an der Sache und dazu die - negative - Bewertung dieser Einstellung durch die Rechtsordnung. Das hat schon Baron⁷¹⁾ für das gemeine Recht dargelegt, wenn er sagte, daß für casushaftung nach Prozeßbeginn die Unterscheidung der damaligen h. M., deren Anschauung auch heute noch h. M. hinsichtlich der Zufallshaftung des nichtberechtigten Besitzers ist, nach Redlichkeit nicht gerechtfertigt sei.

Wenn bei den bisherigen Untersuchungen nicht aufgefallen ist, daß aus dem Begriff der Redlichkeit keine Aussage über die Haftung des Besitzers entnommen werden kann, die Haftung vielmehr als Folge der Unredlichkeit einzutreten schien, so konnte das geschehen, weil in beiden bisher dargestellten Haftungsfällen die Verantwortlichkeit mit der Unredlichkeit zusammentraf. Es lag lediglich eine ungefährliche Falschbezeichnung vor. Bevor der Eigentümer etwas gegen ihn unternommen hat, ist der redliche Besitzer unverantwortlich. Entscheidende Bedeutung kommt dem Begriff der Verantwortlichkeit erst bei dem Prozeßbesitzer zu, der zwar verantwortlich ist, aber dennoch redlich sein kann.

3. Als Ergebnis bleibt festzustellen:

Ob der Besitzer haftet, entscheidet seine Verantwortlichkeit. Verantwortlich ist der unredliche, der verklagte und der Gewaltbesitzer⁷²⁾. Zufallshaftung aus Verzug trifft den unredlichen verantwortlichen Besitzer nach § 990 Abs. 2, nicht aber

Fortsetzung der Fußnote 69)

beiführung oder Aufrechterhaltung der rechtsirrigen Einstellung zu der Nichtberechtigung entscheidend. Jedoch ist der Bewertungsmaßstab für das schuldhaftes Verhalten in beiden Fällen verschieden. Hätte der Besitzer erkennen müssen, an der Sache nicht berechtigt zu sein, wird er - bei Besitzerwerb - unredlich; hätte er damit lediglich rechnen müssen, begründet das bei Rechtshängigkeit die Prozeßhaftung;

70) diese Bezeichnung schlägt schon Heck § 68 2 als genauer gegenüber unredlich vor; daß die Rechtshängigkeit zur Verantwortlichkeit für die streitbefangene Sache führe, sagen auch Wächter WürttbgPrR § 71 C II 3 und OLG Braunschweig in SA Bd. 36 Nr. 11;

71) § 95 I 2 b, § 152 1 b;

72) so Heck § 68 2 a;

den redlichen unverantwortlichen Besitzer. Die Deduktion der h. M., daß der redliche Prozeßbesitzer nicht in Verzug gerate, ist nicht korrekt, da die Verzugshaftung nicht von der Unredlichkeit abhängig zu machen ist. Richtigerweise müßte der Rechtssatz lauten: Rechtshängigkeit führt nicht zur Unredlichkeit, Verantwortlichkeit allein führt zur Verzugshaftung; da sich aber die Begriffe Redlichkeit und Unverantwortlichkeit nicht decken, ließe sich auf diese Weise eine Zufallshaftung des Prozeßbesitzers nicht ausschließen. Gerechtfertigt ist die Deduktion der h. M. nur, - trotz der Ungenauigkeit der Bezeichnung -, wenn der redliche verklagte Besitzer entgegen seiner Verantwortlichkeit nach § 989 nicht in Verzug geraten kann ⁷³⁾, wenn also der Begriff "redlich" - wie ihn die h. M. verwendet - in § 989 zweierlei verschiedene Bedeutungen haben kann. Der Begriff der Redlichkeit dürfte lediglich eine Aussage über die gutgläubige Einstellung des Prozeßbesitzers zu seiner fehlenden Berechtigung enthalten, wenn es um seine Haftung für adaequat kausal - schuldhaft - verursachte Schäden ginge; für die Frage der Haftung für Zufallsschäden dagegen müßte der Begriff auch noch die Unverantwortlichkeit für bloß kausal verursachte Schäden zum Ausdruck bringen. Völlige Unverantwortlichkeit kann Redlichkeit nicht bedeuten; ein redlicher Prozeßbesitzer als ein unverantwortlicher Besitzer nach § 989 wäre ein Widerspruch in sich.

C. VERZUGSHAFTUNG DES VERANTWORTLICHEN REDLICHEN BESITZERS

Die Frage ist somit, ob der redliche verantwortliche Besitzer in Verzug geraten kann, ob also der zweite Satz der Deduktion der h. M. richtig ist.

1. Für die Beantwortung dieser Frage ist die im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis getroffene Regelung, die für eine Haftung des Besitzers allein auf dessen Unredlichkeit abstellt, unergiebig, wenn eine Verzugshaftung des redlichen Besitzers nicht allein wegen fehlender Unredlichkeit abgelehnt werden soll. Ein befriedigendes Ergebnis kann durch die Feststellung gewonnen werden, wie der Prozeßbesitzer als Verantwortlicher nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB

73) nur dann kann in der Deduktion der h. M. kein Denkfehler in Form einer quaternio terminorum enthalten sein, sondern es decken sich inhaltlich die Verbindungsbegriffe der Deduktion, vgl. Schneider in MDR 1962 S. 872;

für Verzug zu haften hätte, und wieweit diese Grundsätze im Eigentümer-Besitzer-Recht gelten ⁷⁴⁾.

I. Verantwortlichkeit beruht, soweit sie für eine Zufallshaftung im Eigentümer - Besitzer - Verhältnis erheblich wird - also in den Fällen der §§ 989, 990, 992 ^{74a)}, auf rechtswidriger Pflichtverletzung. Im Zivilrecht bestehen Pflichten auf Grund eines gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnisses. Ist Gegenstand dieses Schuldverhältnisses eine verzögerliche Leistung iSv § 241, so treten bei rechtserheblicher Verzögerung die besonderen Folgen des Verzugs ein. Deren wichtigste ist, daß der Schuldner nun für allen Schaden einstehen muß, der in der Verzögerung seine kausale, wenn auch nicht notwendigerweise adaequat kausale, Ursache hat.

Der Prozeßbesitzer ist, auch wenn er redlich ist, als unrechtmäßiger Besitzer dem Eigentümer nach §§ 985, 986 zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Mit dieser Pflicht ist der Inhalt seines Rechtsverhältnisses zu dem Eigentümer nicht erschöpft. Mit Beginn der Rechtshängigkeit wird der Prozeßbesitzer vielmehr, wie sich aus § 989 ergibt, auch - schuldrechtlich - verpflichtet, für die Erfüllung des unbeeinträchtigten Herausgabeanspruchs Sorge zu tragen ⁷⁵⁾. Gegenstand des durch die Rechtshängigkeit begründeten Schuldverhältnisses ist die nunmehr mit schuldrechtlichen Nebenpflichten versehene, gleichsam schuldrechtlich ausgebildete dingliche Herausgabeverpflichtung des § 985 in Form einer gesetzlichen Holschuld nach § 241, die mit Prozeßbeginn fällig geworden ist.

Unrichtig ist die Behauptung Bunsens ⁷⁶⁾, der redliche Prozeßbesitzer sei nicht zur Leistung, sondern nur zur Aufbewahrung und sorgfältigen Verwaltung der fremden Sache verpflichtet. Die Rechtshängigkeit verpflichtet zwar prozessual nicht zu sofortiger Leistung, diese Verpflichtung schafft erst das Urteil. Dies jedoch wirkt nicht rechtsgestaltend, sondern stellt lediglich einen bestehenden Anspruch des Eigentümers und die korrespondierende Leistungsverpflichtung des Besitzers fest. Daß der Besitzer während des Prozesses berechtigt ist, das Urteil abzuwarten ⁷⁷⁾, ist eine prozessuale Berechtigung, die seine zivilrechtliche Verpflichtung

74) es wird wiederum, wie Heck § 67 1 es empfiehlt, vom "schuldrechtlichen Hintergrund" des Eigentümer-Besitzer-Rechts ausgegangen;

74a) wegen des besonderen Falles des § 991 II siehe unten § 10, bes. § 10 5;

75) vgl. dazu oben B 2 I und § 3 3 der Arbeit; die dingliche Verpflichtung wird gleichsam in ein Schuldverhältnis eingebettet;

76) aaO S. 432;

77) vgl. § 7 Anm. 41 der Arbeit;

zur Leistung nicht berührt; diese besteht seit der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes und wird aus diesem Grund durch das Urteil mit Rückwirkung festgestellt.

II. Daß die schuldrechtsähnliche Verpflichtung des Prozeßbesitzers ihren Grund in einem Prozeßrechtsverhältnis und nicht in einer schuldrechtlichen Vereinbarung hat, ist unerheblich. Die prozessuale Leistungsverpflichtung ist mit der zivilrechtlichen identisch; die - Prozeß- -Haftung aber für Verletzung von Pflichten aus dem Prozeßrechtsverhältnis stellt keine besondere Haftungsart neben den allgemeinen Haftungsschemata des BGB dar. Haftung als Ausgleich für Pflichtverletzung besteht in ihrer Grundart nur als Einstehenmüssen für schuldlose und für schuldhaftes Pflichtverletzung. Erstere ist die Bereicherungshaftung iW.S., zu der auch die Verpflichtung zur Sachherausgabe nach § 985 gehört, letztere erfaßt alle übrigen Haftungsarten, vertragliche und gesetzliche, wie die deliktische Haftung und die Prozeßhaftung nach § 292, weil auch diese Haftung für schuldhaftes Pflichtverletzung ist ⁷⁸⁾.

III. Somit ist der Prozeßbesitzer wegen seiner nunmehrigen Verantwortlichkeit nach § 292 bzw. § 989 im Rahmen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses Schuldner einer fälligen Leistungsverpflichtung, deren nicht rechtzeitige Erfüllung wie in jedem Schuldverhältnis bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen der §§ 284, 285 nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB zur Verzugshaftung, insbesondere zur Unfallhaftung, führen kann, ^{78a)} - wie das § 292 Abs. 1 aE ausdrücklich ⁷⁹⁾ klarstellt, - wenn diese Haftung nicht - in Durchbrechung der Regel - ausdrücklich ausgeschlossen ist ⁸⁰⁾.

2. Daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB die mögliche Verzugshaftung redlicher Prozeßbesitzer trotz deren Verantwortlichkeit und unter einem

78) so im wesentlichen; Peters in AcP Bd. 153 S. 462/63 und in Erman-Peters Anm. 2 vor § 985;

78a) so ausdrücklich Westermann § 32 IV 2 d;

79) vgl. Siméon § 95 Anm. 10;

80) insoweit wie Fuchs S. 165, der in den §§ 987 ff Schuldrecht anwenden will, soweit es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist;
aA: Heck § 68 11, nach ihm darf auf Schuldrecht nur zurückgegriffen werden, wenn es in Ausnahmefällen erforderlich wird; ebenso Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 987, Anm. 2, erbetont, daß Verzugshaftung als Ausnahme gedacht sei;

Abweichen von den allgemeinen Haftungsgrundsätzen des Schuldrechts ausschließen wollte, zeigt die Entstehungsgeschichte der §§ 987 ff.⁸¹⁾.

I. Er fand folgende Rechtslage vor:

a. Im gemeinen Recht war nach h. A. Voraussetzung für die Zufallshaftung des Besitzers dessen mora⁸²⁾, die nur bei mala fides possessoris eintreten konnte⁸³⁾. Ursprünglich wurde, ausgehend von einem Satz des Ulpian: "... quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse",⁸⁴⁾ angenommen, daß mit der Prozeßeinleitung der Besitzer notwendigerweise ein malae fidei possessor werde⁸⁵⁾, wobei lediglich umstritten war, welcher Vorgang bei der Prozeßeinleitung die mala fides bewirke⁸⁶⁾. Dieser Lehre trat Savigny entgegen⁸⁷⁾, er wies nach, daß die Klage eine bona fides nicht notwendigerweise zerstören müsse, da bona fides allein von der Einstellung des Besitzers zu seiner - fehlenden - Berechtigung an einer Sache abhängen⁸⁸⁾; auf diese brauche weder die Litiscontestatio noch die Insinuation⁸⁹⁾ Einfluß zu

81) so RG in Warn. 1911 Nr. 189;

82) Vangerow § 333 I 1 S. 653, eine Ausnahme gelte nur bei Diebstahl und Deliktsbesitz; Wächter Pandekten § 143 A II S. 182; vgl. Baron § 152 1 b; Savigny § 272 S. 170; mora auch durch litis contestatio möglich; Savigny § 273 S. 177 - 182;

83) Sintenis § 52 S. 516; Goldschmidt in ZHR Bd. 8 S. 235 Anm. 14; Arndts § 113 S. 165, 167 Anm. 4b; Thibaut § 708; Wächter Pandekten § 143 A II 1 S. 182, B II S. 184/5; Baron § 152 1 b; Dernburg Pandekten § 226 3 a, b; Eisele S. 19; Windscheid-Kipp § 193 S. 988/89; Mommsen S. 79 (Anm. 17); Regelsberger § 194 II 3; Mitteis S. 51 ff; für das römische Recht: Sohm-Mitteis § 54 S. 314; aA: mora auch für den bona fidei possessor möglich; Vangerow § 333 Anm. I 2, II 1, § 160 IV 1;

84) Ulpian in XXV § 7 Dig. Lib. V Tit. 3; ähnlich in XX § 11 Dig. Lib. V Tit. 3;

85) Thibaut § 709; Sintenis § 33 2 b S. 332; OAG Wiesbaden in SA Bd. 12 Nr. 126; einschränkend: Puchta § 96 S. 137/139;

86) vgl. Sintenis § 33 2 und Anm. 9; Puchta § 96 Anm. q; dieser Streit bestand auch später noch, vgl.: Wächter Pandekten § 110 Anm. 1; Baron § 95 V; Dernburg Pandekten § 153 2; Savigny § 279 S. 251;

87) § 264 S. 84 ff;

88) Savigny § 264 S. 86;

89) Litiscontestatio als die Erklärung des Beklagten in der Parteiverhandlung vor Gericht auf die Klage, Insinuation als Anstellung der Klage und Mit-

haben ⁹⁰⁾. Seiner Auffassung schloß sich, wenn auch nicht immer mit derselben Begründung, die Mehrzahl der Rechtslehrer des gemeinen Rechts an ⁹¹⁾. Ihre für die Haftung des Prozeßbesitzers grundlegenden Sätze waren, daß infolge der Litiscontestation der Besitzer nicht zum *malae fidei possessor* werde; er werde diesem zwar nach der Litiscontestation in manchen Beziehungen gleichgestellt, hafte aber nur wie dieser vor der Litiscontestation; eine *casushaftung* wurde vom Vorliegen echter *mora* abhängig gemacht, die bei dem Prozeßbesitzer nicht vorliegen sollte, solange er noch *bonae fidei possessor* war ⁹²⁾. Der Begriff der *bona fides* wurde damit auf seinen eigentlichen Sinn als Wiedergabe der Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens zurückgeführt, was - wie Dernburg es ausdrückte ⁹³⁾ - ein "Ergebnis verfeinerter Jurisprudenz" war. Die Spannung aber blieb insoweit bestehen ⁹⁴⁾, als einerseits gefordert wurde, es dürfe der Kläger durch die Dauer des Prozesses keinen Nachteil erleiden ⁹⁵⁾, andererseits dem redlichen Besitzer aber das Recht zugebilligt wurde, sich verteidigen zu können, ohne seinerseits Nachteile zu erleiden ⁹⁶⁾, was beides sich ausschloß ⁹⁴⁾, einer der

Fortsetzung der Fußnote 89)

teilung an den Beklagten, vgl. Arndts § 113 und Anm. 2; Baron § 95 II b; Dernburg Pandekten § 153 1 S. 365;

90) Savigny § 264 S. 86 ff;

91) Wächter Pandekten § 143 Beil. II B II S. 184/5; Arndts § 113 Anm. 4 b; Baron § 95 II b; Eisele S. 19; Regelsberger § 194 II 3; Dernburg Pandekten § 154 II 2 c; § 154 Anm. 13; Windscheid-Kipp § 124 Anm. 5; Vangerow § 160 A IV 1, 2, § 333 I 1, 2; OAG Darmstadt in SA Bd. 15 Nr. 4; OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4;

auf die Verschiedenheiten und Feinheiten der Begründung braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden, da sie für das Ergebnis der Arbeit ohne Bedeutung sind;

92) vgl. etwa; Arndts § 113 Anm. 4 b; Wächter Pandekten § 143 Beilage II B II S. 184/85; Baron § 95 II b, der sich kritisch mit den vertretenen Meinungen auseinandersetzt; so etwa; Vangerow § 160 Anm. IV 1, 2; § 333 Anm. I 1, 2; obst. GerHof f. Bayern in SA Bd. 32 Nr. 186; vgl. im übrigen die zu Anm. 91 genannten Literaturstellen;

93) Pandekten § 154 Anm. 13;

94) darauf wies besonders Baron § 95 I 2 b hin; diese Spannung besteht auch für das BGB, vgl. Jess in DJZ 1905 Sp. 726;

95) Puchta § 96 S. 138; Arndts § 113 S. 165; Vangerow § 160 S. 249; Wächter Pandekten § 110 I 1; Regelsberger § 194 II; Dernburg Pandekten § 154 II 2; Lippmann aaO S. 377; vgl. Baron § 95 I 2 b;

96) Vangerow § 160 S. 248/49; Regelsberger § 194 II S. 690; Windscheid-Kipp § 124 S. 630/31; Lippmann aaO S. 377;

Beteiligten mußte die durch die Dauer des Rechtsstreits - notwendigerweise - entstehenden Nachteile tragen.

Ersichtlich als einziger trat Baron ⁹⁷⁾ dieser Lehre entgegen. Er hielt die Unterscheidung für casushaftung bei dinglichen Klagen nach Redlichkeit, bei persönlichen Klagen nach mora für nicht gerechtfertigt; entscheidend sei vielmehr der Klagebeginn; nunmehr dürfe der Kläger nicht mehr um sein Recht gebracht werden, daher habe der Beklagte den casus zu tragen, der den Eigentümer nicht getroffen hätte. Baron unterschied damit nach der Verantwortlichkeit und knüpfte an diese die Zufallshaftung.

b. Ähnliches galt nach preußischem ALR und - etwa - nach Württembergischen Recht. Der redliche Besitzer wurde durch Anstellung der Klage, Ladung oder Streitbefestigung ⁹⁸⁾ nicht unbedingt bösgläubig im Wortsinn, sondern geriet - wie im gemeinen Recht - in einen Zustand, in dem ihn die gleichen Verpflichtungen trafen wie den unredlichen Besitzer bei Beginn seiner Unredlichkeit ⁹⁹⁾. Damit erschöpften sich die Wirkungen der "Rechtshängigkeit". Zur Verzugshaftung konnte es nur kommen, wenn der Besitzer "keine plausiblen Gründe hatte, es auf den Prozeß ankommen zu lassen"; solche Gründe hatte jedoch der redliche Besitzer auch als Prozeßbesitzer ¹⁰⁰⁾.

Im ALR bestimmte zwar § 222 I 7, daß der Besitzer mit der Ladung bei Behandlung der Klage "unredlich" werde, diese Unredlichkeit wurde aber nur fingiert ¹⁰¹⁾. Zufallshaftung traf den nur fingiert ¹⁰²⁾ unredlichen Besitzer ebensowenig wie den unrechtfertigen ¹⁰³⁾, weil in einem unentschuldbaren Rechtsirrtum sich befindenden ¹⁰⁴⁾, Besitzer. Für Zufall hafteten nur der eigentlich unredliche voll-

97) § 95 I 2 b, § 152 I b;

98) vgl. Wächter WürttbGPrR § 71 S. 518; im einzelnen war das streitig, vgl. Wächter aaO Anm. 43 a;

99) Wächter WürttbGPrR § 71 C II 3 S. 528; vgl. auch Förster-Eccius I § 51 S. 265 für das preußische Recht;

100) so Wächter WürttbGPrR § 71 III 11 S. 537/38; § 71 Anm. 75;

101) Förster-Eccius III § 163 S. 107, § 51 S. 265; Savigny § 264 S. 99 sagt, der Grund dieser Fiktion sei, die Prozeßhaftung zu erklären;

102) wegen Klagerhebung oder unentschuldbaren tatsächlichen Irrtums, so ausdrücklich ALR § 241 I 7; Förster-Eccius § 165 Anm. 54;

103) ALR § 240 I 7; vgl. Förster-Eccius § 165 B c S. 133;

104) Förster-Eccius § 163 S. 107/08 (Anm. 18), diese Unterscheidung ist für das heutige Recht ohne Bedeutung, vgl. Förster-Eccius § 163 Anm. 22; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 532;

ständige Besitzer, der dem heutigen unredlichen Eigenbesitzer entspricht, gemäß § 241 I 7 ¹⁰⁵⁾ und der eigentlich unredliche unvollständige Besitzer, der dem unredlichen Fremdbesitzer entspricht ¹⁰⁵⁾, gemäß § 248 I 7 ¹⁰⁶⁾. Das preußische Recht stellte damit für die Haftung auf die als Unredlichkeit gekennzeichnete Verantwortlichkeit ab, schloß aber für den redlichen Prozeßbesitzer die Zufallshaftung aus und folgte insoweit der h. A. des gemeinen Rechts.

II. a. Dieser Rechtsauffassung schloß sich der BGB-Gesetzgeber für die Regelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses an ¹⁰⁷⁾. Grundbedingung einer Haftung des Besitzers sollte die Feststellung seiner Unredlichkeit sein; den einfachen redlichen Besitzer sollte keine Haftung treffen, soweit er nicht Gewaltbesitzer wäre. So sahen es bereits die §§ 931 und 930 des E I vor.

b. Als Sonderfälle behandelte der Gesetzgeber neben dem Gewaltbesitzer den Prozeßbesitzer und den "morusus", den Verzugsbesitzer. In § 934 des E I war vorgesehen, daß jeder Besitzer, der die Herausgabe der Sache an den Eigentümer schuldhaft verzögerte, diesem aus Verzug haften sollte. Die Überlegung zu dieser Vorschrift war gewesen ¹⁰⁸⁾, daß zwischen Eigentümer und nichtberechtigtem Besitzer ein schuldrechtsähnliches Verhältnis bestehe, auf das folgerichtig das Obligationsrecht anwendbar sei. Eine Modifikation der Verzugsregeln erschien weder zugunsten des Eigentümers noch des Besitzers gerechtfertigt; § 934 sollte nur zweckmäßigerweise die unveränderte Geltung des Verzugsrechts aussprechen. Die Verschärfung der Haftung des morosus erschien angemessen; wenn der Eigentümer, dessen Recht sich später herausstelle, die Sache als ihm gehörig herausverlange, gerate der aufgeforderte Besitzer in Verzug, wenn er sich nicht nach § 246 des E I - dem heutigen § 285 - exculpieren könne; das müsse auch für den redlichen Besitzer gelten, wenn er die Rechtslage schuldhaft verkenne, ohne dadurch unredlich zu werden, weil auch er die Berechtigung der Aufforderung des Prätendenten prüfen müsse ¹⁰⁸⁾.

Gegen diese Vorschrift erhob sich erheblicher Widerspruch. So wies Bolze ¹⁰⁹⁾

105) vgl. Gruchot in Bd. 4 S. 326/27/30/31;

106) vgl. Förster-Eccius III § 165 C b S. 134;

107) Dernburg Sachenrecht § 119 II; Leske § 119 IV 2; Endemann III § 92 Anm. 1; Wurzer aaO S. 55; letztlich beruht das BGB somit auf dem Justinianischen Recht des corpus iuris, vgl. Sohm-Mitteis § 54 S. 310;

108) so Motive S. 408/09 = Mugdan S. 228;

109) aaO S. 104, 131;

darauf hin, daß auch mit ihr keine ausreichenden Lösungen erzielt werden könnten; liege der Eigentumsanspruch klar, so sei er auch für den Besitzer erkennbar, dieser werde unredlich; liege er nicht klar, so bleibe der Besitzer vielfach trotz des Vorliegens etwa verurteilender erstinstanzlicher Erkenntnisse bis zum letztinstanzlichen Urteil redlich und werde entschuldigt; bei so scharfen Anforderungen, wie sie an das Verschulden gestellt würden, werde die Annahme eines Verzugs erheblich schwieriger.

Die zweite Kommission strich die geplante Vorschrift. Sie nahm den Vorschlag an, - der dann vom Reichstag nicht mehr abgeändert wurde - der Verzugshaftung nur den unredlichen Besitzer zu unterwerfen. Zu diesem Beschluß führten folgende Erwägungen ¹¹⁰⁾: Die Haftung gemäß § 934 des E I gehe für den redlichen Besitzer über das geltende Recht hinaus und habe, solange der redliche Besitzer vom Eigentümer bloß gemahnt sei, Unbilligkeiten zur Folge, da der Besitzer sich von der Verzugshaftung nur durch den schwer zu führenden Nachweis entlasten könne, ohne Verschulden das Recht des Eigentümers nicht gekannt zu haben. Außerdem stehe eine solche Regelung mit den Grundgedanken des Eigentümer-Besitzer-Rechts über die Freistellung des redlichen Besitzers von einer Haftung in Widerspruch, weil schon leichte Fahrlässigkeit zu Verschulden und Haftung führen könne, obwohl sie dem redlichen Besitzer nicht schaden solle. Der Eigentümer dagegen sei auch ohne § 934 dadurch genügend geschützt, daß er den redlichen Besitzer in die Lage eines Prozeßbesitzers versetzen könne.

c. Für den Prozeßbesitzer hatte im E I § 933 die Verschuldenshaftung angeordnet, wenn der Besitzer seine Pflicht zu sorgfältiger Aufbewahrung der - möglicherweise - fremden Sache verletzt hatte. Eine Vorschrift über Zufallshaftung erübrigte sich, da die Verzugshaftung für jeden Besitzer in der, allgemeine Geltung beanspruchenden, Vorschrift des § 934 aufgenommen war. Zu der durch den Wegfall des § 934 verursachten Lücke hinsichtlich einer Zufallshaftung des verklagten Besitzers meinte die zweite Kommission ¹¹¹⁾, der redliche Prozeßbesitzer solle nicht haften; ob ein redlicher Besitzer, der sich im Prozeß gegen liquide Beweise des Rechts des Eigentümers verschließe, einem unredlichen Besitzer gleichzustellen sei, solle nicht entschieden werden; die Kommission habe beschlossen, dies als eine Frage allgemeiner Bedeutung der Klärung durch Wissenschaft und Rechtslehre zu überlassen.

110) Protokolle S. 344, 348 = Mugdan S. 676/77, 678;

111) Protokolle S. 344/48 = Mugdan S. 677;

d. Die Frage, ob der redliche Besitzer durch die Rechtshängigkeit generell - unabhängig von einem Vorliegen liquider Beweise - in einen, dem unredlichen Besitz zumindest ähnlichen Zustand gerate, der zur Verzugshaftung führen könnte, hat sich der Gesetzgeber nicht ausdrücklich gestellt. Wie seine Ausführungen aber insgesamt zeigen, hat er diese Frage wie die bei Savigny ausführlich begründete herrschende Rechtslehre des gemeinen Rechts beantworten wollen. Zu dem, der abzuwartenden Entwicklung überlassenen Komplex gehörte diese Frage nicht. Wenn auch die Wirkung der Rechtshängigkeit einen Erfolg der Klage und damit liquide Beweise voraussetzt, so braucht doch nicht jeder beklagte Besitzer sich gegen solche Beweise zu verschließen und deshalb unredlich zu werden ¹¹²⁾, sei es, daß solche Beweise erst im Lauf des Rechtsstreits, auch in einer zweiten Instanz, liquide werden, sei es, daß die Redlichkeit des Besitzers auf einer Rechtsansicht beruht, die erst ein letztinstanzliches Urteil verwirft.

e. Die entscheidenden Überlegungen der Redaktionskommissionen für das BGB zeigen als Willen des Gesetzgebers Folgendes: Solange der Besitzer redlich ist, soll er nicht für Verzug haften - und zwar nicht nur auf Grund der Exkulpationsmöglichkeit nach § 285 infolge seiner Redlichkeit. Generell unredlich soll der Besitzer mit der Rechtshängigkeit nicht werden. Unentschieden sollte allein bleiben, ob die Rechtshängigkeit in einzelnen Fällen zu einer der Unredlichkeit ähnlichen Stellung des Prozeßbesitzers führen könne.

III. Dieser Wille des Gesetzgebers ist eindeutig, er verhindert aber in einigen Haftungsfällen angemessene Lösungen.

a. Der Wille des Gesetzgebers, wie er in der verschiedenen Ausgestaltung des § 989 einerseits und des § 990 Abs. 1 und 2 andererseits unverkennbar zum Ausdruck gekommen ist, bleibt für die Auslegung dieser Vorschriften verbindlich, wenn er - mit der subjektiven Theorie ¹¹³⁾ - das maßgebende Krite-

112) was bei bewußtem Verschließen der Fall ist: Reichel S. 18; Goldschmidt in ZHR Bd. 9 S. 32; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 551; KG in JW 1934 S. 435; BGH in E 32 S. 76 (78) = LM 1/ zu Art. 59 GG; vgl. auch Stillschweig S. 77/78;

113) so etwa Windscheid-Kipp I § 22, S. 102, 105; Bierling S. 230, 231, 256 ff, 299; Enneccerus-Nipperdey § 54 II; eine etwas eingeschränkte subjektive Theorie wird vertreten von Stoll S. 162, 163, 166, 167, 169, 169 und von Heck in AcP 112, S. 8, 89 ff; noch weiter abgeschwächt ist die subjektive Theorie, wie sie von Nawiasky § 9 6 und 7, S. 130, 131, 132 und von

rium jeder Gesetzesauslegung darstellt ¹¹³⁾. Mit dem Ausschluß einer Zufalls- haftung des redlichen Prozeßbesitzers hat dann das Gesetz ein bestimmtes Wert- urteil getroffen, das Gültigkeit behält, auch wenn sich herausstellt, daß es in einigen Anwendungsfällen des Gesetzes zu unzweckmäßigen und sogar unbilligen Entscheidungen führt, und zu Tage tritt, daß das Urteil des Gesetzgebers auf einer fehlerhaften oder unvollständigen Bewertung der Rechtslage beruhte ^{113a)}. Eine strenge Bindung an den Willen des Gesetzgebers kann verhindern, solche "Fehlentscheidungen" zu korrigieren.

b. Um der Logik willen alle Lebenssachverhalte einem einmal als richtig erkannten Rechtssatz oder einer Rechtskonstruktion unterzuordnen, kann dazu führen, daß in einigen Anwendungsfällen eines solchen Rechtssatzes unbil- lige oder unzweckmäßige Entscheidungen in Kauf genommen werden müssen. Stellte Gerechtigkeit im Zivilrecht die vollständige Übereinstimmung der zu regelnden Lebenssachverhalte mit - dem Wortlaut von - privatrechtlichen Ge-

Fortsetzung der Fußnote 113)

Lehmann § 8 II 2 vertreten wird; die subjektive Theorie vertrat weiterhin auch das RG, etwa in E 127 S. 40 (48) und der BGH in LM Nr. D 3 zu § 133 sowie in E 3 S. 82 (84), in E 2 S. 176 (187); nach dieser letzteren Entscheidung soll Raum für eine objektive Auslegung nur sein, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, daß der Gesetzgeber für bestimmte Tatbestän- de vernünftigerweise nicht das in der von ihm gesetzten Norm enthaltene Werturteil habe gelten lassen wollen;

113a) gleiches gilt auch von den verschiedenen stärker subjektiv ausgerichteten objektiven Gesetzesauslegungstheorien, wie sie etwa von Dahm § 8 V, S. 47, Sauer Methodenlehre § 36 III 1 c, S. 297, 298 oder dem BVerfG in E 8 S. 29 (33, 34), letztlich aber auch von Burckhardt S. 276, 278, vertreten werden; nach deren Auffassung könnte trotz objektiver Auslegung bei einer Änderung der Rechtsüberzeugung nicht von einer Entscheidung in einer Norm abgewichen werden, der ein eindeutiger Wille des Gesetz- gebers zugrunde liege; eine solche Rechtsfortentwicklung stelle nicht mehr eine - objektive - Auslegung dar, sondern sei eine Verfälschung des Ge- setzes; in solchen Fällen müsse die Fortentwicklung des Rechts - und die Korrektur etwaiger Fehlentscheidungen - dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben; auch nach diesen verschiedenen Anschauungen kann eine Zufalls- haftung in § 989 nicht bejaht werden;

setzen dar, so wäre an solchen unbilligen oder unzweckmäßigen Entscheidungen nichts auszusetzen. Gerechtigkeit jedoch - als Aufgabe - hat das Ziel, die Rechte aller Beteiligten zu verwirklichen; zwischen widerstreitenden rechtlich schützenswerten Interessen muß das Recht vermitteln und den billigen - nicht unbedingt vorteilhaften - Ausgleich schaffen ¹¹⁴⁾. Die so verstandene Gerechtigkeit zu verwirklichen ist Zweck aller Gesetze. Sie sind nur Mittel zu diesem Zweck und müssen zurücktreten ¹¹⁵⁾ - d. h. durch interessengerechte Auslegung an die Erfordernisse der Gerechtigkeit angepaßt werden -, wo sie Gerechtigkeit nicht fördern können oder ihr sogar entgegenstehen. Daß dieser Widerspruch zwischen Gesetz und der erkannten Gerechtigkeit ¹¹⁶⁾ seinen Grund möglicherweise nicht in einem neutralen Wortlaut der Gesetzesvorschrift selbst hat, sondern in dem dem Gesetz durch Auslegung, die etwa auf dem Willen des Gesetzgebers beruht, zugeschriebenen Inhalt, ist unerheblich. Auch die - richtige - Auslegung des Gesetzes, die erst seine Anwendung auf den Lebenssachverhalt ermöglicht, ist Teil der Norm.

c. Somit kann die subjektive Theorie nicht die ultima ratio der Auslegung sein ¹¹⁷⁾; es kann auch - folgend der objektiven Theorie ¹¹⁸⁾ - der von

114) BGH in E 32 S. 53 (56) = LM 3 zu § 166; vgl. Schneider in MDR 1963 S. 277; Lange in JZ 1964 S. 642; Peters in AcP Bd. 153 S. 462 fordert den Ausgleich zwischen Vindikations- und Bereicherungsrecht; Reichel S. 5 sagt, das Eigentümer-Besitzer-Recht habe nicht so sehr die Aufgabe, dem Verkehr zu dienen, als es ein Problem der austeilenden bzw. der ausgleichenden Gerechtigkeit darstelle;

115) Schneider in MDR 1963 S. 277 sagt, das Gesetz werde bei solcher Auslegung selbst zum Objekt der Kritik gemacht;

116) vgl. zu der Spannung zwischen "Gerechtigkeitsfrage als Kernproblem aller Rechtswissenschaft" und "Konstruktionsjurisprudenz": Schneider in MDR 1963 S. 277;

117) gleiches gilt von den stark subjektiv ausgerichteten, im übrigen aber objektiven Theorien, vgl. oben Anm. 113 a);

118) so etwa: Wach § 20, S. 256 ff; Binding § 96, S. 455, 456, 457; Kohler in GrünhutsZSchr. Bd. 13 S. 1 ff, 60, 61; Bekker in IdogmJB Bd. 34, S. 1 ff, 73, 74, 75; Brütt S. 50 ff; Kretschmar S. 38; Reichel Gesetz und Richterspruch S. 67 ff, 75, 76; Radbruch Einführung S. 195 ff, ders. Rechtsphilosophie S. 209 ff, 211; Lange Allgemeiner Teil § 9 I 4, Esser Einführung § 90, S. 183, 184; Baumann § 4 III 1 c, S. 92; wohl auch Rumpf S. 120 ff, 124 ff; nur wenn kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers erkennbar sei, will Burckhardt S. 276, 278 die objektive Theorie gelten lassen; eine eingeschränkte objektive Theorie vertritt Dahm § 8 V, S. 43 ff, 45,

der Vorstellung des Gesetzgebers völlig losgelöste Wille des Gesetzes selbst maßgebend werden, der immer die gerechte Entscheidung ermöglicht; nur muß dieser Wille von dem Rechtsanwendenden erkannt werden. Zu diesem Problem der Auslegung sagt Radbruch zutreffend:

"Für den Juristen ist das Gesetz nicht der Kollektivwille der Gesetzesverfasser, ... sondern der Wille des Staates, der nicht mit dem Willen zusammenfällt, den irgendwelche Einzelpersonen in das Gesetz hineinlegen wollten, der überhaupt nicht irgendwo hinter dem Gesetz gefunden werden kann, sondern nur im Gesetz selbst lebt ... Der lediglich im Gesetz selbst redende Wille des Staates ist für seine Erzeuger ein genau so fremder Wille wie für seine späteren Ausleger, und sie können für ihren Glauben, im Gesetz einen bestimmten Gedankenvorgang zum Ausdruck gebracht zu haben, keinen unbedingten Vorzug verlangen vor der Annahme späterer Ausleger, die in ihm einen anderen Sinn ausgedrückt finden. Nur der Inhalt des Gesetzes selbst entscheidet."

und er fordert für die Auslegung ¹¹⁹⁾, nicht einen

Fortsetzung der Fußnote 118)

46, 47, der die letzte Entscheidung über die Zweckbestimmung einer Norm immer dem Gesetzgeber vorbehält und insoweit eine objektive Auslegung nicht zuläßt; eine abgeschwächte objektive Theorie vertritt auch das BVerfG in E 1 S. 299 (312), aber eingeschränkt besonders in E 8 S. 29 (33, 34), ebenso das BVerwG in E 8 S. 85 und der BGH in E 23 S. 377 (390), nach dem "die Entstehungsgeschichte des Gesetzes nur von untergeordneter Bedeutung" sein soll; unentschieden im Theorienstreit und für eine Vermischung beider Anschauungen: Sauer Methodenlehre § 36 III 1 c, S. 297, 298, wohl auch Engisch S. 88 ff, 95, 96, der allerdings mehr zur subjektiven Theorie hinneigt; vgl. zu beiden Theorien auch Larenz S. 31 ff, 33, 237, 239; Staudinger-Brändl, Rdnr. 55 Einl. vor § 1; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, Einl. vor § 1 Rdnr. 115; die letzteren entscheiden sich nicht mehr in dem Theorienstreit, den sie als überholt ansehen;

- 119) Radbruch Einführung S. 195; was Radbruch in erster Linie zur Rechtsfortentwicklung gegen den Willen des Gesetzgebers sagt, und was auch bei einer Fortentwicklung durch Änderung der Rechtsüberzeugung zutrifft - vgl. Dahm § 8 V, S. 47 -, muß auch vorliegend gelten, wenn nicht eigentlich eine Rechts"fortentwicklung", sondern die Korrektur einer erkannten Fehlentscheidung des Gesetzgebers in Frage steht; während die subjektive und die objektive Auslegungstheorie im wesentlichen die Frage beantworten, wie eingetretene Änderungen der Lebens- oder Rechtsverhältnisse mit einer

"... wirklich von irgendwem gedachten Gedanken hinter dem Geisteserzeugnis zu suchen, sondern dem im Geisteserzeugnis selbst liegenden, gleichviel ob von jemand bewußt hineingelegten, Sinne nachzugehen."

"Fehlentscheidungen" aus dem Gesetz selbst auch unter Mißachtung des Willens des Gesetzgebers zu korrigieren, ist daher die Forderung, die an eine - interessen-
-gerechte Auslegung der Gesetze gestellt werden muß. 119a)

IV. Indem der Gesetzgeber im Gegensatz zu der Haftung des verklagten Schuldners ab Rechtshängigkeit nach den allgemeinen Regeln des BGB den verklag-

Fortsetzung der Fußnote 119)

als "veraltet" erkannten Norm in Einklang gebracht werden können, indem die Norm aus der Sicht der Zeit ihres Erlasses - subjektiv, historisch - oder ihrer Anwendung - objektiv - ausgelegt wird - vgl. Lehmann § 8 II 2 -, stellt sich vorliegend die Frage, ob eine solche Änderung der Rechtsanschauung überhaupt eingeleitet werden kann, indem auch ohne Eintritt irgendwelcher Änderungen - noch keine Änderung einer Rechtsanschauung bedeutet es, daß erkannt wird, daß eine Norm eine Fehlentscheidung enthält - eine vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung außer Acht gelassen und übergangen wird; für die Auslegung der Gesetze stellen sich hier dieselben Fragen wie bei einer Änderung der Lebens- oder Rechtsverhältnisse; entscheidend ist auch hier, ob der Gesetzgeber den Gesetzesanwender unabänderlich an einer - als unzutreffend erkannten - Entscheidung festhalten kann, oder ob das Gesetz objektiv so ausgelegt werden kann, daß es eine als "richtig" erkannte Entscheidung ermöglicht;

die zu einer gesetzeseergänzenden oder lückenausfüllenden Auslegung aufgestellten Grundsätze, die ein weiteres Abgehen vom Willen des Gesetzgebers ermöglichen, können vorliegend keine Anwendung finden; der Gesetzgeber hat die hier zur Entscheidung stehende Frage gesehen und in einer - allerdings abzulehnenden - Weise beantwortet; unerheblich ist, daß er dabei nicht auf die "Verantwortlichkeit" abgestellt hat, da er erkennbar die "Redlichkeit" als Haftungsbegriff verwenden wollte;

119a) dabei wird nicht übersehen, daß auch gegen die objektive Theorie erhebliche Bedenken bestehen, wie sie insbesondere Enneccerus-Nipperdey, Bierling, Heck, Stoll, Sauer, Dahm und Engisch - vgl. oben Anm. 113), 113a) und 118) - dargelegt haben; ohne insoweit auf Einzelheiten einzugehen, deren Erörterung den Rahmen der Arbeit sprengen würde, erscheinen jedoch die Bedenken gegen die objektive Theorie weniger schwerwiegend, ihre Vorteile bedeutender als die Nach- und Vorteile der subjektiven Theorie in ihrer verschiedenen Ausgestaltung;

ten redlichen Prozeßbesitzer von der Zufallshaftung freistellte, hat er eine Fehlentscheidung getroffen ¹²⁰⁾, wie die bisherige Untersuchung ergeben hat, die die Unvereinbarkeit von Redlichkeit und Verschulden wie die Grundlosigkeit einer verschiedenartigen Ausgestaltung der Haftung nach §§ 818 Abs. 4, 819 iVm 292 einerseits und nach § 989 andererseits gezeigt hat. Diese Fehlentscheidung des Gesetzgebers läßt sich korrigieren, indem unter Mißachtung seines Willens den von ihm erlassenen Vorschriften durch interessengerechte objektive Auslegung ein anderer als der von ihm gewollte Sinn beigelegt wird. Indem die Entscheidung des Gesetzgebers, für den redlichen Prozeßbesitzer die Verzugsvorschriften für unanwendbar zu erklären, als unverbindlich übergangen wird, und entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des BGB der Prozeßbesitzer wie jeder Verklagte als Verantwortlicher der Verzugshaftung unterworfen wird, können die aufgetauchten Haftungsprobleme in einer interessengerechten Weise gelöst werden.

a. Das Spannungsverhältnis zwischen § 989 und §§ 818 Abs. 4 iVm 292 kann bei dieser Auslegung des § 989 ohne Rückgriff auf das Bereicherungsrecht allein aus § 989 beseitigt werden ¹²¹⁾. Wie der verklagte Bereicherungsschuldner haftet der verklagte Besitzer nach § 989 aus Verzug mit der Möglichkeit der Exculpation. Damit wird eine billige Entscheidung ermöglicht, ohne den Grundsatz der Ausschließlichkeit des Eigentümer-Besitzer-Rechts durchbrechen zu müssen ¹²²⁾. Das Gleiche gilt für das nach der Auslegung der h. M. bestehende Spannungsverhältnis zwischen Eigentümer-Besitzer-Recht und Vertragsrecht bei dem Nicht-mehr-Berechtigten, der aus vertraglichem Abwicklungsrecht iVm Verzugsrecht auch als nicht-berechtigter Besitzer für Zufall haftet.

120) das erkennt auch die h. M. an, wenn sie die verschiedene Ausgestaltung der Ansprüche aus §§ 818, 819, 292 und aus § 989 auf ein "Redaktionsversehen" zurückführt, vgl. oben Anm. 9;

121) im Ausgangspunkt folgt diese Auslegung der Meinung von Peters - in Erman-Peters Anm. 1 vor § 987 und in AcP Bd. 153 S. 463 ff -, der eine Angleichung von Bereicherungs- und Vindikationsrecht fordert, da hier nicht Unrecht sein könne, was dort Recht sei; allerdings werden aus dieser Ausgangserwägung andere Folgerungen gezogen; Peters will die Angleichung durch volle Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts neben dem Vindikationsrecht vollziehen; ähnlich auch Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 15, der - allerdings - in seinem Vorschlag zur Neuregelung des Eigentümer-Besitzer-Rechts auch davon ausgeht, daß der redliche Prozeßbesitzer nicht für Verzug haften solle, aaO S. 116 (§ 8);

122) die aufgetretenen Wertungswidersprüche werden somit beseitigt, obwohl Lange in JZ 1964 Anm. 28 meint, eine solche Beseitigung sei nicht möglich;

b. Die rechtspolitischen Erwägungen, die eine Verzugshaftung der verklagten Prozeßpartei rechtfertigen, die aber der Gesetzgeber für die Ausgestaltung der Prozeßhaftung des redlichen Besitzers - zu Unrecht - außer Acht lassen wollte, erhalten damit ihre Bedeutung auch für die Prozeßhaftung im Eigentümer-Besitzer-Recht.

In dem Konflikt zwischen "objektivem guten Recht" des klagenden Eigentümers und "subjektivem guten Glauben" ¹²³⁾ des Besitzers an seine vermeintliche Berechtigung kann bei zufälligen Schäden nicht einseitig das Recht benachteiligt werden; der gute Glaube kann regelmäßig nicht schwerer wiegen als das objektive Recht ¹²³⁾. Wie in allen Haftungsfällen muß der Ausgleich nach dem Verschulden vorgenommen werden; das schuldhafte Handeln, das zu dem Schaden des Eigentümers geführt hat, ihn verursacht hat, muß auch die Übernahme der Haftung für diesen Schaden bewirken. Dabei ist der Schaden des Eigentümers nicht erst die durch das zufällig eintretende schädigende Ereignis unmittelbar hervorgerufene Beeinträchtigung des Rechts des Eigentümers; den Schaden erleidet der Kläger bereits durch die Vorenthaltung seiner Sache während des Prozesses nach der dringenden Herausgabeaufforderung in der Klage; ist die Vorenthaltung schuldhaft, so muß der gute Glaube des Besitzers gegenüber dem Recht des Eigentümers zurücktreten. Insofern sind die Rechtsansichten ¹²⁴⁾ ungenau, es dürfe der redliche Besitzer nicht für unverschuldete Schäden haften; dabei wird übersehen, daß die Zufallshaftung nach § 287 keine Haftung für unverschuldeten, sondern lediglich für nicht unmittelbar verschuldeten Schaden ist ¹²⁵⁾; für den Interessenausgleich zwischen Recht des Eigentümers und Glauben des Besitzers muß jedes Verschulden, auch das nur mittelbare, berücksichtigt werden, weil auch dieses schuldhafte Verhalten den Schaden des Eigentümers - wenn auch in bloß kausaler Weise - verursacht hat ¹²⁶⁾.

c. Die Forderung, die an jede Prozeßhaftung gestellt werden muß, daß Kläger und Beklagter den Rechtsstreit so weit wie möglich ohne Nachteile für die eigene Rechtsposition führen sollen ¹²⁷⁾, wird durch diese Auslegung des § 989

123) Reichel S. 5/6, der diese Überlegungen für das insoweit selbe Problem in § 932 anstellt;

124) vgl. für alle: RG in Recht 1910 Nr. 709;

125) vgl. § 1 4 der Arbeit;

126) vgl. dazu Reichel S. 8-10; wenn er für den vom Eigentümer zu tragenden Rechtsverlust ein Verschulden dessen im weitesten Sinn fordert, so muß Entsprechendes auch für das Verschulden des Besitzers gelten;

127) vgl. oben B 2 I, II und C 2 I der Arbeit, sowie Kühlenbeck Einführung S. 556 und Hans, OLG in MDR 1962 S. 131;

verwirklicht. Klagender Eigentümer und gutgläubiger Beklagter teilen sich in die Schäden, die nicht unmittelbar auf schuldhaftem Handeln einer Prozeßpartei beruhen. Der Beklagte trägt sie, wenn diese Schäden in einem mittelbar schuldhaften Verhalten ihre Ursache haben, weil sie kausale Folge einer schuldhaften Verzögerung der Rückgabe der Sache an den Eigentümer sind; der Eigentümer übernimmt das Risiko, wenn dem beklagten Besitzer wegen des Schadens auch kein mittelbarer Schuldvorwurf gemacht werden kann, weil die Vorenthaltung der Sache durch den Prozeßbesitzer nicht schuldhaft oder der Schaden nicht durch diese Vorenthaltung verursacht worden ist ¹²⁸⁾.

d. Dieser Verteilung der Sachgefahr auf Kläger und Beklagten entspricht auch eine interessengerechtere Verteilung von Darlegungs- und Beweislast, die sich infolge der objektiven Auslegung des § 989 ergibt.

Der Eigentümer, der um die Anerkennung seines bestehenden Rechts kämpft, befindet sich nach § 990 in einer überaus schwierigen Lage. Zum - anspruchsbe gründenden - Nachweis der Unredlichkeit des Besitzers muß er diesem die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich dessen Nichtberechtigung ergibt, und außerdem, wenn diese Tatsachen die rechtliche Folgerung nicht eindeutig zulassen, und der Besitzer aus ihnen eine andere Rechtsansicht herleitet, die Unvertretbarkeit dieser Ansicht nachweisen ¹²⁹⁾, weil - formelhaft ausgedrückt - ein normalverständiger, nicht von seinem Vorteil beeinflusster Mann diese Ansicht nicht für

128) im Fall des Prozeßbesitzers wird gleichsam eine "Gefahrgemeinschaft" für Verzug zwischen Eigentümer und Besitzer gebildet, bei der jeder einen Teil des Risikos zu tragen hat; insoweit wird hier ein Gedanke Heymanns aaO S. 172 aufgegriffen und - in anderer Weise allerdings - fortentwickelt; Heymann wollte den Ausgleich für die Zufallshaftung in § 287 durch die Annahme einer Gefahrgemeinschaft zwischen Gläubiger und Schuldner schaffen, in der jeder die Hälfte des Zufallsschadens tragen sollte; für eine solche Lösung fehlt jedoch die Rechtsgrundlage, zumal § 254 in § 287 keinen Raum hat;

129) Crome III § 417 Anm. 9 und 28; Endemann III § 92 Anm. 21; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 19; Siméon § 95 I 4 a; Türcke-Niedenführ-Winter § 990 Anm. 1; Biermann § 990 Anm. 1; Planck-Brodmann § 990 Anm. 4; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2; Achilles-Greif-Leiss § 990 Anm. 6; RGRK-Johannsen § 993 Anm. 2; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 11; Palandt-Hoche § 993 Anm. 2; Bunsen aaO S. 435; Buhl S. 77; Weyl Verschuldensbegriffe S. 212; Stillschweig S. 87/88; Lange in JZ 1964 S. 641; RG in JW 1912 S. 197, 19; natürlich trägt der Kläger nur die Beweislast hinsichtlich nicht beweisbarer tatsächlicher Umstände, die für eine Vertretbarkeit einer Rechtsansicht erheblich werden können, bei Rechtsfragen gibt es keine Beweislast;

richtig gehalten haben könnte ¹³⁰⁾. Diesen "Teufelsbeweis" - wie Reichel ¹³¹⁾ ihn nennt - zu führen, ist für den Eigentümer vielfach unmöglich, zumal er innere Tatsachen betrifft ¹³²⁾. Einen Ausweg aus seiner unbilligen Lage, besonders wenn der Besitzer nicht zu überzeugen ist, eröffnet dem Eigentümer die Möglichkeit der Klagerhebung. Für die Übernahme des Prozeßrisikos - auch der Eigentümer kann den Rechtsstreit aus prozessualen Gründen verlieren, etwa aus Beweisnot, wenn er sein Eigentum oder die Unwirksamkeit eines vom Beklagten behaupteten Besitzrechts nicht nachweisen kann - wird er der Notwendigkeit enthoben, dem Besitzer seine Unredlichkeit nachweisen zu müssen. Dieser hat nunmehr nach § 285 die Erheblichkeit seiner Einstellung und etwaiges Verschulden bei der Verzögerung der Rückgabe der fremden Sache zu vertreten ¹³³⁾. Er muß sich auf seinen guten Glauben an seine Berechtigung berufen, auf Grund deren er sich für nicht herausgabepflichtig gehalten habe, und muß nachweisen, daß er die entscheidenden Tatsachen ohne Verschulden nicht gekannt, und aus welchen Gründen er seine Rechtsansicht für vertretbar gehalten habe. Damit obliegt ihm ein Beweis, den er leichter als der Eigentümer zu führen vermag, da er in seinen Lebensbereich fallende Umstände betrifft, und den er ¹³⁴⁾ - aus diesem Grund - auch nach den allgemeinen Grundsätzen zu führen hat, daß jede Prozeßpartei darlegen und beweisen muß, worauf sie sich zu ihrem Vorteil in dem Rechtsstreit beruft ¹³⁵⁾.

e. Damit wird der Schutz des redlichen Besitzers vor einer Zufallshaftung ab Rechtshängigkeit, den der Gesetzgeber gewährleisten wollte, nicht unbedingt beseitigt, regelmäßig wird nur die Form der Schutzgewährung verändert. Sind Unkenntnis und Irrtum des Besitzers entschuldbar, so haftet auch der redliche Prozeßbesitzer nicht aus Verzug. Nur ist Grund für den Wegfall der Zufallshaftung nicht die Unmöglichkeit jeglicher Verzugshaftung infolge der Redlichkeit,

130) vgl. Westermann § 32 II 2 b; vgl. auch oben Anm. 61

131) Reichel S. 49; vgl. auch Stillschweig S. 87;

132) Reichel S. 49; Stillschweig S. 87; vgl. auch BGH in E 28 S. 251 (254) = LM 1 zu § 611;

133) wie er nach § 989 auch seine Nichtschuld an einer Verschlechterung beweisen muß; Schneider in MDR 1955 S. 718; Imlau in MDR 1957 S. 264; Dietz S. 210; RG in JW 1908 S. 478, 8;

134) es gilt damit, was Raiser in Festschrift Wolff S. 135 für §§ 985, 986 sagt, die Beweislastverteilung lasse erkennen, daß das Gesetz für die Zwecke des Beweisrechts die Schutzwürdigkeit des Eigentümers als Regel, die Versagung des Schutzes als Ausnahme angesehen wissen will; vgl. RG in JW 1908 S. 478, 8; BGH LM 2 zu § 688;

135) Rosenberg § 114 I 2;

sondern das Fehlen der Verzugsvoraussetzungen wegen der Entschuldbarkeit der Nichtleistung nach § 285 ¹³⁶⁾.

Insoweit die Redlichkeit daher auch zur Entschuldbarkeit nach § 285 führt, was bei den Verzugsvoraussetzungen zu untersuchen ist, wird der Wille des Gesetzgebers, die Redlichkeit für die Verzugshaftung zu berücksichtigen, erreicht, nur auf einem anderen als vom Gesetzgeber vorgesehenen Weg ¹³⁷⁾. Nur soweit die Redlichkeit schuldrechtlich unentschuldbar bleibt, tritt eine vom Gesetzgeber nicht gewollte, aber interessengerechte Haftungserweiterung ein ¹³⁸⁾.

f. Die Auffassung von Gesetzgeber und - ihm folgend - Rechtslehre und Rechtsprechung ¹³⁹⁾, die den redlichen Besitzer während des Prozesses als Verwahrer der möglicherweise fremden Sache ansehen ¹⁴⁰⁾ und damit einerseits die Verschuldenshaftung als die eines Quasiverwahrers erklären, andererseits aber auch damit die Ablehnung der Verzugshaftung wegen fehlender Fälligkeit der Herausgabeverpflichtung während des Prozesses begründen, beruht auf einer Verkennung der Rechtsstellung und der Pflichten des Prozeßbesitzers.

- 136) damit ist den Bedenken, wie sie Siméon § 95 Anm. 9 gegen die Verzugshaftung hat, Rechnung getragen, ebenso dem Willen des Gesetzgebers - vgl. Hans. OLG in MDR 1962 S. 131 -, der redliche Besitzer solle durch die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes weder Vor- noch Nachteile haben, obwohl dieser Wille die Interessen des Eigentümers zu wenig berücksichtigt; aus diesem Grunde lehnte schon ein Teil der Rechtslehrer des gemeinen Rechts Zufallshaftung des Prozeßbesitzers ab, vgl. oben Anm. 92;
- 137) auf diese Weise tritt die Lösung des Problems für den Prozeßbesitzer in der von der 1. Kommission vorgesehenen Weise ein, vgl. Motive S. 409 = Mugdan S. 228;
- 138) insoweit aa: Erman-Peters § 989 Anm. 2 und Erman-Hefermehl § 990 Anm. 5; siehe unten D I 3;
- 139) vgl.: Crome III § 417 Anm. 21; Bunsen aaO S. 432; Crome I § 129 I 2 d; Kleinfeller aaO S. 440; Siber in JdogmJB Bd. 89 S. 17/18; BGH in LM 2 zu § 688; so schon Wächter WürttbGPrR § 71 C II 3 und Anm. 12;
- 140) das gilt auch für die Auffassung Kohlers - in ZZP Bd. 29 S. 6/7 und Lehrbuch S. 217/18 -; er will den Beklagten behandeln, als habe der Kläger die Sache mit Beginn der Rechtshängigkeit herausgewonnen - die Sache sieht er bereits als dem künftig siegenden Kläger wieder zugeordnet an -, sie aber für die Dauer des Rechtsstreits wieder dem Beklagten zum Gebrauch überlassen, der sie wie eine fremde zu bewahren und zu behandeln habe; dagegen: Kleinfeller aaO S. 440;

Die Bestimmung des Prozeßbesitzes als eines verwahrungsähnlichen Verhältnisses müßte dazu führen, den unrechtmäßigen Besitzer während des Rechtsstreits gleichsam als rechtmäßigen Besitzer anzusehen, weil er berechtigt wäre, die Sache bis zur Verurteilung in Händen zu haben ¹⁴¹⁾; das aber nehmen wegen der damit verbundenen Folgen - die Rechtshängigkeit würde auf Kosten des Eigentümers die Rechte des unberechtigten Besitzers mehren - auch die Vertreter dieser Auffassung nicht an.

Abgesehen davon läßt sich die Annahme eines solchen Verwahrungsverhältnisses, bei dem die Fälligkeit der Herausgabepflicht bis zur Rechtskraft des Herausgaburteils aufgeschoben sein müßte, nicht mit dem in der Prozeßführung des Klägers liegenden dauernden Verlangens sofortiger Leistung ¹⁴²⁾ in Einklang bringen; die Zustimmung des Gläubigers ist für die Annahme eines Verwahrungsverhältnisses als eines Vertrags unentbehrlich. Es erklärt sich aber der Kläger nicht nur mit einem solchen Rechtsverhältnis nicht einverstanden, das Urteil gibt ihm auch später recht, indem es die Herausgabeverpflichtung des Besitzers als mit Beginn der Rechtshängigkeit fällig geworden feststellt.

Letztlich kann das Vorliegen eines verwahrungsähnlichen Verhältnisses auch nicht damit begründet werden, daß der Besitzer nicht wisse, ob der Kläger der Eigentümer sei ¹⁴³⁾. Nichtwissen begründet kein vertragsähnliches Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, es kann nur das Verschulden oder die Redlichkeit des Besitzers beeinflussen. Ist der Kläger nicht der Eigentümer - und kommt es daher nicht zur Verurteilung ¹⁴⁴⁾ -, so ist ihm der unrechtmäßige Besitzer in keiner Weise verpflichtet, weder zur Verwahrung, noch zur Haftung. Ist der Kläger der Eigentümer, weiß das der Beklagte jedoch nicht, was bei dem redlichen Eigenbesitzer notwendigerweise der Fall ist, so ist aus dem erwähnten Grund die Annahme eines Verwahrungsverhältnisses unzutreffend. Der Fehler, der zu dieser Auffassung eines Teils der h. M. führt, liegt darin, daß für die Bestimmung der Rechtsstellung des Prozeßbesitzers von ungenauen Voraussetzungen ausgegangen wird. Der Besitzer ist dem Eigentümer zwar während des Rechtsstreits zur sorgsamen Aufbewahrung verpflichtet, damit ist seine Rechtsstellung dem Eigentümer

141) diese Konsequenz muß Ehrenzweig aaO S. 311 ff ziehen, wenn er dem nach dem Urteil herausgabepflichtigen, also unrechtmäßigen Besitzer das Recht zubilligt, rechtmäßig über die Sache während des Rechtsstreits verfügen zu können; rechtmäßiges Handeln setzt rechtmäßigen Besitz voraus;

142) siehe unten D 1 I dieses §;

143) aus welchem Grund er das Urteil abwarten darf, vgl. Planck-Brodmann § 989 Anm. 3;

144) vgl. dazu unten E dieses §;

gegenüber aber anders als innerhalb eines noch nicht abgelaufenen Verwahrungsverhältnisses, in dem die Vorschrift des § 695 abbedungen wäre, nicht erschöpft. Die Aufbewahrungspflicht ist nur die mindeste der Pflichten des Prozeßbesitzers. Sie folgt aus der Erwägung, der nichtberechtigte Besitzer müsse die Sache, wenn er sie schon nicht herausgebe, wozu er nach §§ 985, 986 verpflichtet sei, wenigstens wie ein Verwahrer aufbewahren. Die Erkenntnis dieser Mindestverpflichtung darf aber nicht dazu verführen, sie unter Außerachtlassung der tatsächlichen Hauptverpflichtung zur sofortigen Herausgabe der Sache als die einzige Verpflichtung des Prozeßbesitzers anzusehen und aus ihr als Kriterium seine Rechtsstellung abzuleiten. Allein die Herausgabeverpflichtung auf Grund der Nichtberechtigung und das sofortige Herausgabeverlangen des Eigentümers im Prozeß bestimmen die Rechtsstellung des Prozeßbesitzers.

g. Die infolge dieser Auslegung des § 989 in den Rechtsfolgen bewirkte Gleichstellung des verantwortlichen redlichen mit dem verantwortlichen unredlichen Besitzer ist gerechtfertigt ¹⁴⁵⁾. Die im Gesetz enthaltene Wertung der verschiedenen Arten nichtberechtigten Besitzes, wie sie in der Behandlung hinsichtlich der Haftung zum Ausdruck kommt, zeigt eine um ein vielfaches größere Gemeinsamkeit des verantwortlichen redlichen mit dem verantwortlichen unredlichen Besitzer als mit dem unverantwortlichen redlichen Besitzer, mit dem ihn letztlich nur noch ein sehr weit gefaßter Redlichkeitsbegriff verbindet. Das Vertrauen in die eigene Berechtigung, das den redlichen Besitzer kennzeichnet, kann der verklagte Besitzer, der mit seiner Nichtberechtigung rechnen muß, nicht mehr so uneingeschränkt haben, nachdem die Überzeugung seiner Berechtigung durch die Klageschrift zumindest objektiv erschüttert ist. Dagegen ist wie bei dem unredlichen Besitzer auch bei dem Prozeßbesitzer bereits durch das Gesetz die Opfergrenze überschritten, die dem redlichen - unverantwortlichen - Besitzer in § 993 gesetzt ist ¹⁴⁶⁾. Dieser braucht nur die Sache in ihrem

145) diese Gleichstellung vollzieht auch die h. M., ohne den Quasiunredlichen der Verzugshaftung zu unterwerfen; de Boor S. 386; Eichler S. 202; Westermann § 31 III 1 a; 32 II Baur § 11 A II 2; Müller BGB § 987 Anm. 1 D; Soergel-Siebert-Mühl § 990 Rdnr. 1; Erman-Peters Anm. 1 c vor § 985; Lent-Schwab § 45 II 2, der nur den redlichen Besitzer vor Rechtshängigkeit und den unredlichen, ihm gleichgestellt den Prozeßbesitzer, unterscheidet; aA; Scherer S. 161 Anm. 298, der Prozeßbesitzer und unredlichen Besitzer im Weg einer Rechtsfiktion gleichstellt; diese bedingte Gleichstellung galt auch schon im gemeinen Recht, vgl. Vangerow I § 333 I 2; Wächter Pandekten § 143 Beil. II B II; Arndts § 113 4 b; Baron § 95 II b;

146) vgl. Westermann, § 31 III 3; Dietz S. 195;

gegenwärtigen Zustand - oder ihr Surrogat - herauszugeben; damit ist die Grenze seiner Verpflichtung erreicht, über die hinaus er dem Eigentümer nichts schuldet. Der Prozeßbesitzer aber befindet sich wie der unredliche Besitzer in einem steigerungsfähigen Schuldverhältnis, aus dem er nicht nur dem Eigentümer als Gläubiger zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist, sondern darüberhinaus auch für den uneingeschränkten Bestand dieses Anspruchs haften muß.

Diese Überlegungen zeigen, daß eine Gleichstellung des Prozeßbesitzers mit dem unredlichen Besitzer zu interessen- und sachgemäßen Ergebnissen der Haftungsfragen führt. Der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers muß bei diesem Konflikt zurücktreten.

V. Als Ergebnis bleibt, was schon Baron für das gemeine Recht forderte, daß der Prozeßbesitzer wie jeder verantwortliche Besitzer ab Rechtshängigkeit der Verzugshaftung unterliegen kann ¹⁴⁷⁾. Die Deduktion der h. M. ist somit unrichtig, weil sich die von ihr verwendeten Begriffe der Redlichkeit als Unverantwortlichkeit und als Überzeugung von der eigenen Berechtigung nicht decken. Richtigerweise muß die Deduktion lauten: Rechtshängigkeit führt zur Verantwortlichkeit, Verantwortlichkeit ermöglicht Verzugshaftung.

3. Bei dieser Auslegung des § 989 ist das Verhältnis der §§ 989 - 990 Abs. 1 - 990 Abs. 2 - 993 zueinander und ihre Auslegung anders als nach der h. M.

147) dieser Ansicht ist wohl auch Josef in Gruchot Bd. 51 S. 536-538 sowie Cosack-Mitteis und Baur, vgl. oben Anm. 32; unklar ist, was Dernburg Sachenrecht § 119 II B b meint, wenn er sagt, der redliche Besitzer hafte ab Rechtshängigkeit "für Verschulden im Falle eines Verzugs nach den Grundsätzen des Verzugs, § 989"; will er damit nur auf die Notwendigkeit des Schuldnerfordernisses bei Verzug hinweisen, ist er der gleichen Ansicht, wie sie hier vertreten wird; will er dagegen auch bei Verzug nur eine Verschuldenshaftung anerkennen, § 287 also in § 989 ausschließen, so ist er - wenn auch mit anderer Begründung und anderem Ergebnis - als Vertreter der h. M. anzusehen; wie hier - mit unzutreffender Begründung - Weyl, vgl. Anm. 149;

I. § 990 Abs. 2 kann nach seiner Stellung im Gesetz nur als Ergänzung zu § 990 Abs. 1 aufgefaßt werden ¹⁴⁸⁾; § 990 Abs. 2 gilt nur für den unredlichen, nach § 990 Abs. 1 verantwortlichen, Besitzer.

Anderer Ansicht ist ersichtlich nur Weyl ¹⁴⁹⁾. Er meint, der Sinn des § 990 Abs. 2 ergebe sich aus § 934 des E I; zu Unrecht erwecke § 990 Abs. 2 den Anschein, als denke das Gesetz in dieser Vorschrift nur an den unredlichen Besitzer des § 990 Abs. 1, nicht auch an den redlichen Besitzer des § 989; Weyl will aus § 990 Abs. 2 nicht den Zeitpunkt des Haftungsbeginns, sondern das Maß der Haftung überhaupt ableiten. Ist ihm im Ergebnis hinsichtlich der Zufallshaftung des redlichen Prozeßbesitzers auch zuzustimmen, ist doch seine Rechtsansicht, auf Grund deren er zu diesem Ergebnis gelangt, nicht haltbar.

Richtig ist, daß nicht nur der unredliche Besitzer für Verzug zu haften hat. Unrichtig ist aber die Begründung Weyls, dies ergebe sich aus § 990 Abs. 2 und aus § 934 des E I. Die Vorschrift des § 990 Abs. 2 auf jeden Besitzer in den §§ 987 ff zu beziehen, bedeutet eine Mißachtung der Systematik des Gesetzes, nach der Abs. 2 des § 990 nur auf Abs. 1 bezogen werden kann; ebenso kann auch nicht zur Erklärung des Willens des Gesetzes in § 990 Abs. 2 gerade auf die Vorschrift des E I zurückgegriffen – und mit ihrer Hilfe die Auslegung des § 990 Abs. 2 vorgenommen werden –, die vom Gesetzgeber abgelehnt und nicht Gesetz geworden ist. Aus § 990 Abs. 2 läßt sich daher entgegen Weyl nicht die Verzugshaftung auch des Prozeßbesitzers vor seiner Unredlichkeit nach § 990 Abs. 1 begründen. § 990 Abs. 2 enthält weder eine für die Rechte des Eigentümers aus Verzug erhebliche Aussage über den Beginn einer solchen Haftung noch über deren Maß ¹⁵⁰⁾. Weyls Behauptung bleibt eine These, zu deren Begründung er nichts Stichhaltiges vorträgt.

II. Überflüssig ist im Gesetz in § 989 eine dem § 990 Abs. 2 entsprechende Vorschrift ^{150a)}. Der unredliche verantwortliche Besitzer ist dem

148) so ganz h. M.; vgl. OLG Jena in E 2 S. 267; RG in JW 1910 S. 4, 1 = in Seuff. Blätter Bd. 75 S. 571, 2 = in Recht 1910 Nr. 82; RG in Recht 1910 Nr. 324; in Warn 1911 Nr. 189; OLG Kiel in Recht 1920 Nr. 1897; KG in JW 1934 S. 435; BGH in JR 1958 S. 301; Siber in Rechtszwang S. 117 Anm. 4 und in IdogmJB Bd. 89 S. 35/6; Bunsen aaO S. 434/451; so alle BGB-Kommentare zu § 990;

149) in Verschuldensbegriffe S. 78 Anm. 3 und in Archiv f. Bürg. Recht Bd. 14 S. 127 Anm. 101;

150) vgl. dazu oben § 3 3 der Arbeit;

150a) Westermann § 32 IV 2 d meint dagegen, wollte man eine Zufallshaftung in § 989 bejahen, so müßte das Fehlen eines dem § 990 II entsprechenden Sat-

Eigentümer auf Grund des zwischen ihnen bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses zur Herausgabe der Sache verpflichtet; leistet er auf eine Mahnung des Eigentümers nach Fälligkeit nicht, so gerät er nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts in Verzug. Das gälte auch, wenn die Vorschrift des § 990 Abs. 2 nicht bestünde; diese hat lediglich klarstellende Bedeutung¹⁵⁰⁾. Der sich in derselben Lage wie der unredliche Besitzer befindende verantwortliche Prozeßbesitzer, mag er auch redlich sein, haftet ebenfalls aus Verzug, ohne daß eine Vorschrift erforderlich ist, die das ausdrücklich klarstellt. Die Zufallshaftung des Prozeßbesitzers folgt nicht aus § 990 Abs. 2, aus welcher Vorschrift nicht einmal die Zufallshaftung des unredlichen Besitzers folgt; sie ergibt sich vielmehr unmittelbar aus § 989 iVm § 292, wie die Zufallshaftung des unredlichen Besitzers unmittelbar in § 990 Abs. 1 iVm § 287 ihren Rechtsgrund hat.

III. a. Einer Zufallshaftung des Prozeßbesitzers steht der Wortlaut des § 989 nicht entgegen, der "Verschuldenshaftung" anordnet. Verzugshaftung setzt Verschuldenshaftung voraus; die Worte "aus Verschulden" in § 989 enthalten nur den Hinweis auf die allgemeine Haftung, die bei schuldhafter Verzögerung zur Zufallshaftung führt.

b. Die Notwendigkeit der Vorschrift des § 989 neben § 990 Abs. 1 liegt in der Bestimmung der Verantwortlichkeit des Prozeßbesitzers nach den allgemeinen Regeln, weil der Gesetzgeber auch jede Prozeßhaftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hätte ausschließen können.

Neben der Begründung der Verantwortlichkeit des verklagten redlichen Besitzers hat § 989 im Gegensatz zu § 990 Abs. 1 die weitere Bedeutung, die prozessuale Stellung des Eigentümers zu verbessern. Will er den Besitzer wegen Schädigungen in Anspruch nehmen, die nach Beginn der Rechtshängigkeit der Herausgabeklage eingetreten sind, so wird er der Notwendigkeit enthoben, zur Anspruchsbegründung die Unredlichkeit des Besitzers als Voraussetzung seiner Verantwortlichkeit darzulegen; mit Beginn der Rechtshängigkeit steht die Verantwortlichkeit des Beklagten fest¹⁵¹⁾.

151) somit ist § 989 nicht bedeutungslos, welche Gefahr bei einer weiten Auslegung der Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Rechts besteht, vgl. etwa § 993 Abs. 2 und § 988 nach der Auslegung durch RG in E 163 S. 348; vgl. dazu Spreckelsen in DJ 1940 S. 655 zu RG aaO, Dietz S. 196 und Peters in AcP Bd. 153 S. 455;

IV. Auf § 993 letztlich hat diese Auslegung des § 989 keinen Einfluß, § 993 steht keiner Haftung entgegen, die sich aus einer richtigen Auslegung der §§ 987 ff ergibt und somit im Gesetz enthalten ist ¹⁵²⁾. Dabei bedarf es nicht der - etwas begriffsjurisprudentialisch anmutenden - Beweisführung, es finde § 993 auf den Prozeßbesitzer schon deshalb keine Anwendung, weil bei ihm die Voraussetzungen nicht vorlägen, von denen allein nach § 993 die Haftungsfreistellung abhängt, nämlich Redlichkeit, fehlende Rechtshängigkeit und rechtmäßige Besitz-erlangung ¹⁵³⁾; denn § 993 will nicht nur die Voraussetzungen der Haftung, sondern auch das Maß der einzelnen Haftungsbestimmungen beschränken ¹⁵⁴⁾.

Im übrigen entspricht diese Auslegung des § 989 insoweit dem in § 993 zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers nach ausschließlicher Sonderregelung des Eigentümer-Besitzer-Rechts in den §§ 987 ff, als in der Frage der Zufallshaftung des Prozeßbesitzers die in § 993 angeordnete Ausschließung des Bereicherungsrechts ermöglicht wird.

D. VERZUGSVORAUSSETZUNGEN BEI DEM VERZUG DES PROZESSBESITZERS

Die allgemeinen Verzugsvoraussetzungen müssen auch bei dem Prozeßbesitzer vorliegen, wenn er aus Verzug haften soll ¹⁵⁵⁾.

1. Die Erhebung der Klage ersetzt nach § 284 Abs. 1 Satz 2 lediglich

-
- 152) so Staudinger-Berg § 993 Rdnr. 1;
aA Neumann BGB § 990 Anm. 2, der in § 993 direkt ein Verbot der Verzugs-
haftung des redlichen Besitzers sieht; so wohl auch Achilles-Greif-Leiss
§ 993 Anm. 3 und RGRK-Johannsen § 993 Anm. 1;
- 153) so Dietz S. 195;
- 154) vgl. Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 993 Rdnr. 1 und 4;
- 155) Leske § 119 IV 2; Endemann I § 137 Anm. 9, III § 92 (Anm. 25); Siméon
§ 95 Anm. 10 sagt richtig, daß die Eigentumsklage als solche noch keinen
Schuldnerverzug begründet; ebenso Erman-Hefermehl Anm. 10, 3 vor § 987;
richtig ist es, wenn Kussi S. 12 sagt, der Verzug trete nicht als Folge der
Rechtshängigkeit ein; das steigerungsfähige Schuldverhältnis ist bei dem
Prozeßbesitzer, soweit er redlich ist, allerdings Folge der Rechtshängigkeit,
der Verzug dagegen ist Wirkung der Mahnung;

die Mahnung¹⁵⁶⁾, von der sie eine gesetzlich besonders ausgezeichnete Art ist¹⁵⁷⁾, die den stärksten Ausdruck des "Habenwollens" enthält¹⁵⁸⁾.

I. Wie jede Mahnung setzt auch die Klage als Mahnung eine bereits fällige Schuld voraus. Im Schuldrecht ist das idR der Fall, wenn aus fälligem Vertrag auf Leistung geklagt wird. Für den redlichen Prozeßbesitzer dagegen besteht vor der Klagerhebung noch keine schuldrechtliche Verpflichtung, mit der er durch die Mahnung in Verzug geraten kann. Die Rechtshängigkeit begründet erst die schuldrechtlich ausgestaltete Herausgabeverpflichtung des nunmehrigen verantwortlichen Prozeßbesitzers und ihre sofortige Fälligkeit¹⁵⁹⁾. In der die Rechtshängigkeit bedingenden Klageschrift eine Mahnung der erst entstehenden Verpflichtung zu sehen, führte zu der Annahme einer Mahnung vor Fälligkeit iWS, die regelmäßig keinen Verzug begründet¹⁶⁰⁾. Die Übermittlung der Klageschrift allein enthält damit noch keine Mahnung des redlichen Besitzers. Mit der Einreichung der Klageschrift ist jedoch die Einleitung des Rechtsstreits verbunden; dieser ist - anders als die Übermittlung der Klageschrift - kein punktuell wirkender Akt, sondern ein solcher - linearer - mit Dauerwirkung. Die Fortführung des Rechtsstreits stellt eine dauernde Mahnung der nun fälligen Verpflichtung dar¹⁶¹⁾.

Damit beginnt die Mahnungswirkung der Klageschrift zwar erst später als die durch die Rechtshängigkeit begründete Verschuldenshaftung. Im Interesse der Rechtssicherheit aber wird der Prozeßbesitzer, wenn er das ihm auch im Rechtsstreit eingeräumte modicum tempus ungenutzt verstreichen läßt, als mit der Klagerhebung bereits gemahnt angesehen¹⁶²⁾. Die Mahnung wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Fälligkeit.

156) RG in JW 1925 S. 465, 6 mit Anm. von Locher; in Warn. 1931 Nr. 216; OGHZ in E 4 S. 81 (87); Mommsen S. 40; Kussi S. 11 f;

157) Paech S. 51, 70;

158) vgl. Ehrenzweig S. 291; Geib S. 189; Oertmann in ZHR Bd. 78 S. 30; Paech S. 71; Mommsen S. 39;

159) insoweit liegt eine Abweichung von der Regel des Schuldrechts vor, vgl. Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 109 Anm. 1;

160) Paech S. 75; Windscheid-Kipp § 279 2; Siber in Sav. Ztg. Bd. 29 S. 110/113; Schneider in MDR 1959 S. 901 Anm. 2; RG in Warn. 1931 Nr. 216; einschränkend Adler aaO S. 8;

161) vgl. im Ergebnis so: Paech S. 71;

162) Bunsen aaO S. 434 Anm. 2, ohne auf die Möglichkeit eines dem Besitzer zustehenden modicum tempus einzugehen;

II. Die Klage muß, um als Mahnung gelten zu können, die unbedingte Leistungsaufforderung des Gläubigers an den Schuldner enthalten, wie sie in der Erhebung der Leistungsklage zum Ausdruck kommt. Dagegen schließt die auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder einer Verpflichtung des Schuldners zur Leistung gerichtete Klage nach § 256 ZPO nicht aus¹⁶³⁾, daß der Gläubiger bereit ist, die geschuldete Sache weiterhin dem Schuldner zu belassen. Seine Interessen können mit der bloßen Feststellung seiner Berechtigung gewahrt sein. Eine unbedingte Leistungsaufforderung, um den Schuldner in Verzug zu setzen, ist dem Feststellungsbegehren nicht zu entnehmen; insoweit ersetzt, wie § 284 Abs. 1 Satz 2 zu Recht bestimmt, die Erhebung der Feststellungsklage nicht die Mahnung¹⁶⁴⁾.

Wird die Klage auf Feststellung der sofortigen Leistungsverpflichtung als Ersatz für eine Leistungsklage zugelassen, weil - wenn etwa die öffentliche Hand in irgendeiner Rechtsform die verklagte Prozeßpartei ist¹⁶⁵⁾ - die Achtung des Beklagten vor dem die Leistungsverpflichtung nur feststellenden ohne zur Leistung zu verurteilenden Richterspruch gewährleistet ist, so wirkt diese Klage zwar wie eine solche auf Leistung. Der auf Feststellung des fremden Rechts verklagte Eigenbesitzer muß wie der auf Herausgabe verklagte Besitzer mit der Möglichkeit rechnen, eine fremde Sache in Händen zu haben; damit liegt die Annahme nahe, auch die Verzugsfolgen an die Erhebung einer solchen Feststellungsklage zu knüpfen, wenn diese schon als Ersatz für eine Leistungsklage zugelassen ist. Das jedoch lassen die bestehenden Unterschiede zwischen Leistungs- und Feststellungsklagen nicht zu. Ihre Gleichstellung erfolgt nicht, weil der Feststellungskläger sein Leistungsbegehren in derselben eindeutigen Weise wie der Leistungskläger zum Ausdruck bringt, sondern weil der Beklagte bereit ist, sich auch dem bloß feststellenden Urteil zu beugen. Er will nach Erlaß des Urteils eine Verpflichtung wie ein zur Leistung Verurteilter anerkennen. Der Beklagte erkennt aber nicht an, daß er sich bereits ab Rechtshängigkeit in Verzug befunden habe, weil er mit der vorher zugesicherten Unterwerfung unter den rechtskräftigen Richterspruch etwa auch auf die Mahnung zur Verzugsbegründung verzichtet und sich damit selbst gemahnt habe.

163) die Siber - Rechtszwang S. 117 und Anm. 3 - und Hellwig - Lehrbuch § 172 Anm. 71 - aus verschiedenen Gründen zwar für ausreichend halten, um die "Haftungserweiterung" herbeizuführen; allerdings wollen sie an diese Klage wohl nur die Verschuldenshaftung nach § 989, nicht aber den Verzugseintritt knüpfen, vgl. Hellwig Lehrbuch § 172 V 1;

164) "Herausgabeklage erforderlich" so; Lent-Schwab § 45 II 2; Planck-Brodmann Anm. 3 vor § 987; RGRK-Johannsen § 989 Anm. 11; Soergel-Siebert-Mühl § 989 Rdnr. 4; Enneccerus-Lehmann § 51 II 2 c; Kussi S. 12;

165) Rosenberg § 86 II 2 a S. 408;

Die allein aus prozeßökonomischen Gründen erfolgende zulässige Ersetzung einer Leistungsklage durch eine Feststellungsklage kann somit nicht die zivilrechtlich erforderliche Mahnung ersetzen. Der auf Feststellung des Rechts des Eigentümers verklagte Besitzer gerät nicht in Verzug¹⁶⁶⁾.

2. Hinsichtlich der Exkulpationsmöglichkeit nach § 285 steht der Prozeßbesitzer einem Schuldner gleich. Er kann sich auf alle Umstände berufen, auf Grund deren die Leistung ohne sein Verschulden unterblieben ist. Da die Haftung des Prozeßbesitzers seine Unredlichkeit nicht zur Voraussetzung hat, kann ihn insbesondere jeder erhebliche Irrtum über seine Leistungsverpflichtung entlasten¹⁶⁷⁾, wenn er etwa unverschuldet seine Nichtberechtigung und ihretwegen seine Nichtleistung aus einer Rechtsansicht abgeleitet hat, die später als irrig verworfen wird¹⁶⁸⁾. Ebenso entschuldigt es den Prozeßbesitzer, wenn der Eigentümer bei der Klagerhebung die Tatsachen, aus denen sich die Nichtberechtigung des Besitzers ergibt, noch nicht mitgeteilt hat und dieser Umstand für die Nichtleistung erheblich wird. Letzteres erfordert vom Besitzer unmittelbare Leistung nach Kenntnis dieser Tatsachen, so daß sich der Rechtsstreit erledigt oder durch Anerkenntnisurteil abgeschlossen werden kann. Unter diesen Umständen gerät der Prozeßbesitzer nicht in Verzug.

3. Wieweit den verklagten Eigenbesitzer kein Verschulden an der Leistungsverzögerung trifft, und sein Irrtum erheblich ist, bestimmt sich nach dem Verschuldensmaß, für das er einzustehen hat. Sind die Worte "Haftung für Verschulden" in § 989 nur als Anordnung der Verantwortlichkeit des Prozeßbesitzers und nicht als rechtstechnischer Ausdruck im Sinn der Definition des Verschuldens

166) so; Gaupp-Stein § 267 I 6; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 267 II 6; Förster-Kann § 267 3 b; Hellwig-Lehrbuch § 172 V 1; Paech S. 70; Endemann I § 137 Anm. 9; und oben die in Anm. 164 genannten Schriftsteller;

167) etwa über die Berechtigung des Klägers als Eigentümer; Erman-Hefermehl Anm. 10, 3 vor § 987; schon Mommsen S. 57 sagt, es liege kein Verzug vor, wenn sich der Schuldner bona fide auf den Rechtsstreit einlasse; zu klären ist dabei nur, was in diesem Sinn bona fides ist, siehe dazu unten 3;

168) so zB: J. v. Gierke § 39 IV 2 b; Westermann § 32 II 3; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 538; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 2 sagt, der Besitzer dürfe es darauf ankommen lassen, wie das Gericht entscheiden werde, ohne in zu Schadensersatz verpflichtendes Verschulden zu geraten; vgl. auch Windscheid-Kipp § 193 S. 990;

nach § 276 gebraucht, so können als Vorschriften, die den Verschuldensmaßstab des Eigenbesitzers bestimmen, neben § 276 die §§ 990 Abs. 1 und 277 in Frage kommen.

I. Den Verschuldensmaßstab zu der nach § 285 notwendigen Bewertung des Unterlassens der rechtzeitigen Herausgabe der Sache an den Eigentümer für den Prozeßbesitzer aus § 990 Abs. 1 Satz 2 zu entnehmen, läge auf Grund der Überlegung nahe, daß der redliche Besitzer, dem Fahrlässigkeit in Bezug auf seine Unkenntnis von seiner fehlenden Besitzberechtigung nicht schaden solle, auch nicht für Fahrlässigkeit hinsichtlich der Verkennung seiner Leistungsverpflichtung eintreten solle. Nur der unredliche Besitzer haftete dann nach § 276 ¹⁶⁹⁾.

§ 990 trifft jedoch keine Bestimmung für das vom Besitzer zu vertretende Verschuldensmaß. Wie § 989 begründet § 990 selbständig die Verantwortlichkeit eines unrechtmäßigen Besitzers. Beide Vorschriften entscheiden nur die Frage, ob gehaftet wird, ohne etwas über die Frage des Haftungsmaßstabs auszusagen. Die Vorschrift des § 990 Abs. 1 besitzt auch keine doppelte Bedeutung derart, daß sie neben der Begründung der Verantwortlichkeit des unredlichen Besitzers noch den allgemeinen Verschuldensmaßstab für das Eigentümer-Besitzer-Recht enthält. Dem widerspricht nicht nur, daß auf diese Weise die Selbständigkeit der unabhängig von der Redlichkeit ausgestalteten Prozeßhaftung durch die Einführung des § 990 in § 989 aufgehoben wäre, weil Voraussetzung für die Annahme rechtserheblichen Verschuldens des nicht vorsätzlich handelnden Prozeßbesitzers dessen Unredlichkeit wäre, die der Eigentümer darlegen und beweisen müßte; sondern noch unerträglicher wäre das auf diese Weise gewonnene Ergebnis, weil in der Verschuldenshaftung des Eigentümer-Besitzer-Rechts zwei verschiedene Verschuldensmaßstäbe bestünden, je nach Redlichkeit oder Unredlichkeit des Haftenden. Der aus leichter Fahrlässigkeit unwissende Besitzer verzögert jedoch seine Leistung ebenso schuldhaft, wie der putativrechtliche Besitzer, der bei Besitzerwerb oder auch später aus grober Fahrlässigkeit seine Leistungsverpflichtung verkennt, und der

169) so offenbar Wolf-Neukirch § 990 Anm. 4 und Erman-Peters § 989 Anm. 2 sowie Erman-Hefermehl § 990 Anm. 5, wenn sie sagen, Redlichkeit schließe Verzug aus; demnach soll grobfahrlässige Nichtleistung nach Prozeßbeginn gemäß § 990 I 2 nach § 285 nicht schuldhaft sein; ebenso der Teil der h. M., der eine Verzugshaftung des redlichen Prozeßbesitzers nicht nur wegen der Unanwendbarkeit der Verzugsvorschriften in §§ 987 ff, sondern wegen der Unmöglichkeit eines Verzugs des redlichen Besitzers ausschließt;

dennoch allein im ersten Fall für die Verzögerung zur Verantwortung gezogen werden könnte. Letztlich würde die Verzugshaftung durch eine Beschränkung der Haftung des redlichen Prozeßbesitzers auf Vorsatz wieder aufgehoben werden. Ihn entschuldigte, daß sein Nichtwissen oder Irrtum - solange er redlich ist - allenfalls auf grober Fahrlässigkeit beruhte, was er nicht zu vertreten hätte ¹⁷⁰⁾.

II. Der Haftung des nichtberechtigten Eigenbesitzers den in § 277 vom Gesetz anerkannten Grundsatz des Einstehenmüssens für bloße *diligentia quam in suis* zugrunde zu legen, bietet sich an, weil der Eigenbesitzer die fremde Sache als eigene behandelt und quasi *rem suam neglexit*.

Beide Grundsätze aber, die sich zu ergänzen scheinen, schließen sich gegenseitig aus. Haftung für *diligentia quam in suis* setzt voraus, daß ein Verantwortlicher für Verschulden eintreten muß. Der Eigenbesitzer aber, dem das quasi *rem suam* neglegere vom Gesetz zugebilligt wird, kann nicht schuldhaft handeln. Für Verschulden kann er erst eintreten, wenn er die Sache nicht mehr wie eine eigene vernachlässigen darf, weil er weiß, wissen mußte oder damit rechnen muß, daß sie ihm nicht gehört. Die Begründung der Verantwortlichkeit des Prozeßbesitzers nimmt ihm somit die Möglichkeit, sich auf den Haftungsgrundsatz des § 277 berufen zu können.

Hier zeigt sich noch einmal, daß der Prozeßbesitz nicht in einem verwahrungsähnlichen Rechtsverhältnis ausgeübt wird. Der Verwahrer haftet nur für *diligentia quam in suis*, weil er die Sache des Hinterlegers in dessen Interesse an sich nimmt, den der unmittelbare Besitz an ihr - zeitweise - belastet. Der Eigenbesitzer hat dagegen die fremde Sache in eigenem Interesse bei sich und enthält sie dem Eigentümer vor, obwohl dieser mit einer Besitzüberlassung nicht einverstanden ist; bei dieser Interessenlage fehlen alle Voraussetzungen für eine Haftungsfreistellung des Prozeßbesitzers analog den §§ 277, 690.

III. Verschuldensmaßstab ist demnach in §§ 989, 285 wie im sonstigen Eigentümer-Besitzer-Recht der Grundsatz des § 276 ¹⁷¹⁾; der verantwortliche

170) so aber die in Anm. 169 genannten Schriftsteller, die jedoch verkennen, daß fahrlässiger Irrtum über die eigene Besitzberechtigung und damit die Leistungsverpflichtung die Redlichkeit zwar bestehen läßt, bei Verantwortlichkeit aber nicht nach § 285 entschuldigen und den Verzug verhindern kann;

171) aA die in Anm. 169 Genannten;

- auch redliche - Besitzer haftet bereits für leichte Fahrlässigkeit. Die Worte "Verschuldenshaftung" in § 989 sind rechtstechnisch gebraucht und bedeuten die Verweisung auf die Definition des Verschuldens in § 276 ¹⁷²⁾.

4. Bei dieser Rechtslage könnte es scheinen, als sei es für den Eigentümer im Prozeß einfacher, für eine Beschädigung oder den Untergang der Sache nicht Verschuldenshaftung geltend zu machen, sondern sofort Schadensersatz aus §§ 989, 287, 284, 285 zu verlangen. Diese scheinbare Vereinfachung der Inanspruchnahme aus Verzug führt jedoch vielfach nicht zum Erfolg einer Schadensersatzverpflichtung des Prozeßbesitzers. Wegen schuldhafter Beeinträchtigung des Eigentumsherausgabeanspruchs nach § 989 hat der Prozeßbesitzer jeden Schaden zu tragen, der seinen Grund in einem Außerachtlassen der Sorgfaltspflichten während des Prozesses hat. Redlichkeit schließt diese prozessual begründete Verschuldenshaftung des verklagten Besitzers nicht aus. Aus Verzug dagegen haftet der Besitzer nur für Schäden, die ihre Ursache in der schuldhaft verzögerten Nichtherausgabe der Sache während des Rechtsstreits haben. Hier entschuldigt den Prozeßbesitzer wie jeder erhebliche Irrtum über die Leistungsverpflichtung auch eine schuldrechtlich erhebliche, also nicht auf Fahrlässigkeit beruhende, Redlichkeit ¹⁷¹⁾, auf Grund deren er seine Leistung unterlassen hat.

E. ABHÄNGIGKEIT DER DIE HAFTUNG BEEINFLUSSENDEN MATERIELLEN WIRKUNGEN DER RECHTSHÄNGIGKEIT VOM PROZESSVERLAUF

Soweit die materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit die Haftung des Prozeßbesitzers beeinflussen ¹⁷³⁾, hat der Verlauf des Prozesses für die Haftung Bedeutung.

1. Nicht berührt vom Verlauf des Prozesses werden die Wirkungen, die von den in der Klagerhebung oder der Prozeßführung liegenden privatrecht-

¹⁷²⁾ so auch die h. M. allerdings nur für die Verschuldenshaftung und von ihrem Standpunkt aus, daß in § 989 eine Verzugshaftung ohnehin ausgeschlossen sei; vgl. für alle: Erman-Hefermehl § 990 Anm. 5, Erman-Peters § 989 Anm. 1; Palandt-Hoche § 989 Anm. 1 c; auch Windscheid-Kipp § 124 S. 634;

¹⁷³⁾ vgl. dazu oben B 2 und Anm. 56, 57;

lichen Tatbeständen ausgehen, weil sie keine Wirkungen der Rechtshängigkeit, sondern, um einen Ausdruck Geib¹⁷⁴⁾ zu gebrauchen, der privatrechtlichen Anspruchsbetätigung sind. So bleibt die bei Klagerhebung oder im Verlauf des Prozesses begründete Unredlichkeit ohne Rücksicht auf den Prozeßverlauf bestehen, und der unredliche Besitzer wird durch die Klageschrift gemahnt, auch wenn diese prozessual nicht zum Erfolg führt¹⁷⁵⁾.

2. Von der Wirkung des öffentlichrechtlichen Akts der Prozeßeinleitung und seinem Schicksal - und damit vom gesamten Prozeßverlauf - sind die materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit abhängig, die in das Privatrecht rechtsverändernd, insbesondere rechtsvermehrend, allein wegen der Tatsache eingreifen, daß eine Leistungsklage erhoben ist¹⁷⁶⁾; es sind die Wirkungen, die darauf beruhen, daß jede Prozeßpartei mit ihrem Unterliegen rechnen muß, und der Obsiegende durch die Dauer der gerichtlichen Rechtsverfolgung keinen größeren Schaden erleiden soll, als er bei Klagerhebung hatte. Damit setzen diese Wirkungen voraus, daß das Ziel des Prozesses, ein rechtskräftiges Urteil zugunsten des Klägers, das den rechtmäßigen Zustand herstellt, bezogen auf den Zeitpunkt der Klagerhebung, erreicht werden kann¹⁷⁷⁾. Erst die prozessuale Unmöglichkeit eines

174) S. 188 ff, vgl. auch Oertmann in ZHR Bd. 78 S. 30;

175) so Ehrenzweig S. 288/89; Hellwig Lehrbuch § 173 III 1 a, b, § 172 V 2; Paech S. 71/72; Kussi S. 72; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 3; Sauer § 7 III 2 S. 112/13; Schwalbach aaO S. 265-267, Anm. 17, der allerdings auch diese Wirkungen als materiellrechtliche der Klagerhebung bezeichnet; ebenso Geib S. 188/89, Anm. 3 S. 188, der zwar auch die Wirkungen der Anspruchsbetätigung als solche der Klagerhebung bezeichnet, ansonsten aber streng zwischen diesen, als materiell bezeichneten, und den prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit unterscheidet;

176) nach Hellwig und Siber reicht eine Feststellungsklage, siehe oben Anm. 163;

177) Eichler S. 204 sagt, der Herausgabeanspruch müsse an sich betrachtet begründet sein (Anm. 86 S. 204); Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 11 vor § 987 und OLG Celle in NJW 1963 S. 2302 sagen, der Herausgabeanspruch müsse ursprünglich begründet gewesen sein; ähnlich Lent S. 259 und Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 165; ungenau ist es, wenn allgemein gesagt wird, der Herausgabeanspruch müsse begründet sein, die Herausgabeklage Erfolg haben, vgl. Erman-Hefermehl § 987 Anm. 2; Staudinger-Berg Rdnr. 2 vor § 987; Kussi fordert ein siegreiches Urteil für die Haftungsbegründung in § 989 - S. 85; das ist richtig, es braucht sich aber nicht um das Herausgabeurteil zu handeln; zu Recht sagt Heck § 69 4, es bestehe kein prozessualer Zusammenhang zwischen Hauptanspruch aus § 985 und Nebenansprüchen aus §§ 987 ff;

obsiegenden Urteils für den Kläger beseitigt jene die Haftung des Beklagten betreffenden materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit. Als Grundsatz für alle materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit gilt daher, daß die Rechtshängigkeit nur solange und soweit materiellrechtlich wirken kann, als sie zu dem vom Kläger erstrebten Ziel eines rechtskräftigen streitentscheidenden Richterspruchs führen kann ¹⁷⁸⁾.

I. Unerheblich ist, aus welchen materiellrechtlichen oder prozessualen Gründen die Klage Erfolg hat. Erhebt ein Nichteigentümer die Herausgabeklage gegen den nichtberechtigten Besitzer, so kommt § 989 zum Zuge, wenn der Besitzer zur Herausgabe an den Kläger verurteilt wird, weil er etwa dessen behauptetes Eigentum nicht bestritten oder sich auf den Prozeß überhaupt nicht eingelassen hat. Mit der Rechtskraft des Urteils steht zwischen Kläger und Beklagtem fest, daß in ihrem Verhältnis zueinander der Beklagte als dem Kläger gegenüber nichtberechtigter und herausgabepflichtiger Besitzer ist. Damit liegen die Voraussetzungen des insoweit prozessual auszulegenden § 989 zwischen den Prozeßparteien vor ¹⁷⁹⁾. Gleiches gilt, wenn der Beklagte den Anspruch - auch

178) das galt schon im preuß. Recht, § 222 I 7 ALR setzte eine bestehende Verpflichtung voraus, vgl. Förster-Eccius III § 163 Anm. 21, 22; Gruchot in Bd. 5 S. 528;

179) so Kleinfeller aaO S. 440;

das aber übersieht offensichtlich Siber in Rechtszwang S. 119, wenn er meint, nur der unrechtmäßige Besitzer solle im Prozeß unterliegen können; so auch Lent S. 259 und mit anderen Gründen Dietz S. 188; den entgegengesetzten Fehler begeht Ehrenzweig aaO S. 313, wenn er die Haftung des Prozeßbesitzers als echte Verschuldenshaftung ablehnt, weil der von seinem Recht Überzeugte oft mit gutem Grund von seinem Recht überzeugt sei und den Prozeß gewinne, weshalb er auch das Urteil abwarten dürfe; die Ansprüche aus den §§ 987 ff enthalten allein Vorschriften für den Fall, daß der Besitzer nichtberechtigt ist und zur Herausgabe verurteilt wird, also nicht mit gutem Grund von seinem Recht überzeugt sein kann; das gilt sogar bei nicht so schwerwiegenden Fehlurteilen, falls sie nicht zur Nichtigkeit führen, auch mit ihnen muß der Besitzer rechnen; wenn die h. M. i. ü. - Schmidt ZPO S. 415, Hellwig System § 127 IV 2, § 136 I; Stein-Junker § 50 I; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 267 I 1; vgl. Kussi S. 72; - für die privatrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit das wirkliche Bestehen des behaupteten Rechts und die Klage des Berechtigten voraussetzt, so steht das zu der hier vertretenen Ansicht nicht in Widerspruch, weil mit dem rechtskräftigen, wenn auch unrichtigen, Urteil zwi-

zu Unrecht - anerkennt, und der Kläger ein Anerkenntnisurteil erstreitet¹⁸⁰⁾.

II. Erfolg in diesem Sinn des § 989 hat die Herausgabeklage auch, wenn der beklagte Besitzer in dem anhängigen Rechtsstreit statt zur Herausgabe der Sache zum Schadensersatz verurteilt wird, weil die streitige Sache während des Rechtsstreits untergegangen ist, und der Kläger seinen Klagantrag auf Schadensersatz nach § 989 oder §§ 989 iVm 287 umgestellt hat¹⁸¹⁾. Das Urteil auf Schadensersatz enthält incident die Feststellung, daß zwischen den Parteien ein Vindikationsverhältnis besteht oder bestanden habe, und damit die Tatbestandsvoraussetzungen einer Haftung des Besitzers gegeben seien. Eine Verurteilung des Besitzers nach § 989 ist nur möglich, wenn dem Herausgabeantrag ohne Untergang der Sache stattgegeben worden wäre. Das gleiche gilt, wenn sich der Rechtsstreit infolge des Untergangs in der Hauptsache erledigt hat, weil der Kläger seinen Klagantrag nicht umgestellt hat. Während der Dauer dieses Rechtsstreits befand sich der Prozeßbesitzer in Verzug, er haftet daher dem Kläger für den Untergang der Sache, wenn er zur Herausgabe verurteilt worden wäre, existierte die Sache noch.

3. Führt die erhobene Klage nicht zum Erfolg, so fehlen damit die Voraussetzungen einer Haftung nach § 989¹⁸²⁾. Soll die Haftungsverpflichtung des

Fortsetzung der Fußnote 179)

schen den Beteiligten das Bestehen der als wirklich vorgestellten Rechtslage feststeht; so ist auch der Satz Hellwigs Lehrbuch § 172 III 1 zu verstehen, für die Nebenforderungen sei lediglich Voraussetzung, daß der Kläger mit seiner Behauptung, den Anspruch auf die geltend gemachte Leistung zu haben, im Prozeß siege; aA aber Geib S. 189 Anm. 3, S. 240, er will allein auf die materielle Rechtslage, nicht aber wie sie sich prozessual darstellt, abstellen, wegen der Unberechenbarkeiten, die zu einem - unrichtigen - Urteil führen könnten;

180) aA wohl Hellwig Lehrbuch § 173 Anm. 31, solcher Besitzer hafte nach § 990 I 2; im Ergebnis ist das richtig;

181) Dernburg Sachenrecht § 118 5 Anm. 17 sieht darin eine zulässige Klagänderung, eine solche ist es jedoch gemäß § 268 Nr. 3 ZPO nicht, so Planck-Brodmann § 989 Anm. 4; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 985 Anm. 11; Staudinger-Berg § 985 Rdnr. 3; Erman-Hefermehl § 985 Anm. 7;

182) Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 20; Biermann § 987 Anm. 1 a; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 987 Rdnr. 1; RGRK-Johannsen § 987 Anm. 9 sagt etwas ungenau, die Verpflichtung zur Herausgabe gelte dann als nicht entstanden; Schwalbach aaO S. 266; Hellwig Lehrbuch § 173 III 2, System

nichtberechtigten Besitzers den klagenden Eigentümer vor Schäden schützen, die er dadurch erleidet, daß ihm die Sache nicht sofort bei Klagerhebung, sondern erst nach längerer Prozeßdauer auf Grund des Urteilspruchs herausgegeben wird, so kann ein Kläger, dem die Sache durch Urteil nicht zugesprochen werden kann, solche Schäden nicht erleiden.

I. Wird die Klage als unbegründet - wegen fehlenden Eigentums des Klägers oder der Berechtigung des beklagten Besitzers - abgewiesen, so hat der Kläger keine Ansprüche aus § 989, die voraussetzen, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber zumindest als Eigentümer gilt. Unterliegt der klagende Eigentümer - etwa aus Beweisnot -, so besteht zwar zwischen den Parteien ein Vindikationsverhältnis, es fehlen aber die prozessualen Voraussetzungen einer Haftung aus § 989, zu denen gehört, daß der Beklagte auf Grund der zum Erfolg führenden Rechtshängigkeit schuldrechtlich verpflichtet ist, und der Kläger dem Beklagten gegenüber als Eigentümer anerkannt wird. Der Eigentümer, dem diese Anerkennung - mit Rechtskraft des abweisenden Urteils - versagt wird, ist nicht anspruchsberechtigt nach § 989; dazu kommt, daß der Kläger durch die Dauer des für ihn erfolglosen Rechtsstreits keinen Schaden erleiden kann.

II. Ebenso begründet die als unzulässig abgewiesene Klage keine Prozeßhaftung nach § 989¹⁸³⁾. Während eines wegen seiner Unzulässigkeit zum Scheitern verurteilten Rechtsstreits kann nicht nur der Eigentümer durch die Prozeßdauer nicht geschädigt werden, es kann auch der Besitzer nicht schuldhaft handeln, weil er während dieses Rechtsstreits nicht mit einer Verurteilung zu rechnen braucht. Materiellrechtliche Wirkungen begründet erst die Rechtshängigkeit eines zulässigen oder - auch zu Unrecht - als zulässig erkannten Rechtsstreits.

III. Verzichtet der Kläger auf den geltend gemachten Anspruch gegen

Fortsetzung der Fußnote 182)

§ 136 III 1 b; Wach aaO S. 141; Heinsheimer aaO S. 2416 mit guten Gründen; so auch schon: Wächter WürttbGPrR § 71 Anm. 17; Gruchot in Bd. 5 S. 529; Förster-Eccius III § 163 Anm. 22, § 51 S. 266;

183) Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 20; Crome I § 129 I 3; Biermann § 987 Anm. 1 a; im Ergebnis auch so: Schmidt ZPO § 69 S. 415; Wach aaO S. 141; Geib S. 188/89; Ehrenzweig aaO S. 288; aA: Kussi S. 73 ff, 85;

den Beklagten ¹⁸⁴⁾, oder nimmt er seine Klage zurück ¹⁸⁵⁾, so bewirkt das den rückwirkenden Wegfall der materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit ^{184/185)}. Wenn der Kläger durch solche Handlungen auch nicht notwendigerweise auf sein Eigentum und das aus ihm abzuleitende Besitzrecht zugunsten des nichtberechtigten Besitzers verzichtet, so verzichtet er doch auf ein obsiegendes Urteil in dem anhängigen Rechtsstreit und enthebt den beklagten Besitzer jeglicher ihm gegenüber bestehender Pflichten.

IV. Beenden die Parteien den Rechtsstreit durch Vergleich ¹⁸⁶⁾, so muß ihre Einigung auch etwaige Beeinträchtigungen des Rechts während des Prozesses erfassen; § 989 gewährt dem Eigentümer, der sich verglichen hat, keine Schadensersatzansprüche, weil der Prozeß nicht zu dem erstrebten Erfolg geführt hat ¹⁸⁷⁾.

4. I. Nach diesen Grundsätzen bestimmen sich die Rechte des Eigentümers auch, wenn er als Kläger das Prozeßverfahren nicht mehr betreibt oder beide Parteien dessen Ruhen vereinbaren - § 251 ZPO. Nur wenn der Kläger nach einer Wiederaufnahme des Verfahrens ein obsiegendes Urteil erstreitet, ist Raum für eine Haftung des Besitzers aus § 989; er haftet dann aber nicht für die gesamte Dauer des Rechtsstreits auf Zufall.

II. Der Kläger, der das Verfahren nicht mehr betreibt, macht das auf sofortige Leitung gerichtete Begehren nicht mehr geltend und hebt die Dauerwirkung der Klage als Mahnung auf. Er zeigt vielmehr, daß er den gegenwärtigen Rechtszustand nicht mehr im Wege des Prozesses ändern will. Dieser Verzicht auf sofortige Verurteilung zur Leistung bewirkt die Beendigung des mit der Klagenerhebung eingetretenen Verzugs für die Zukunft. Durch die nunmehr eintretende Verzögerung der Leistung erleidet der Eigentümer keinen Schaden, der durch die notwendige Dauer des Rechtsstreits bedingt und daher vom unterliegenden Beklagten zu tragen ist. Wird das Verfahren danach wieder aufgenommen, so beginnt

184) vgl. Hellwig Lehrbuch § 173 V;

185) Biermann § 987 Anm. 1 a; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 987 Rdnr. 1; RGRK-Johannsen § 987 Anm. 9; Crome I § 129 I 3; Endemann I § 86 2 b; Hellwig System § 136 III 1 b; Lent-Jauernig S. 216; Kussi S. 88 ff; Stein-Jonas § 267 I 2;

186) vgl. Kussi S. 95;

187) vgl. Hellwig System § 136 III 1 b, Lehrbuch § 173 IV;

mit dem neuen sofortigen Leistungsbegehren ein neuer Verzug, ähnlich der Regelung einer Unterbrechung der Verjährung nach § 211 Abs. 2 Satz 2. Der unterliegende Beklagte haftet aus Verzug für den Zufallsschaden, der während der beiden Perioden eingetreten ist, in denen das Verfahren betrieben wurde. Während des Ruhens des Verfahrens hat der Eigentümer die Gefahr zu tragen. Dem Beklagten steht, um der Unsicherheit hinsichtlich der etwaigen Wiederaufnahme auszuweichen, die Möglichkeit offen, den Fortgang des Verfahrens zu veranlassen.

III. Als Zeitpunkt der Beendigung der mit der Klagerhebung eingetretenen - ersten - Verzugsperiode bietet sich in analoger Anwendung des § 211 Abs. 2 der Zeitpunkt der letzten Prozeßhandlung des Gerichts oder der Parteien an. Jedoch eignet sich die für die Verjährung geltende Vorschrift des § 211 Abs. 2 Satz 1 nicht zur Anwendung auf das Verzugsrecht. Zum einen ist die Unterbrechung der Verjährung in § 209 die Folge des öffentlich-rechtlichen Aktes, mit dem das Streitverfahren anhängig gemacht und die Rechtshängigkeit begründet wird; folgerichtig bewirkt auch ein öffentlich-rechtlicher Akt, den die letzte Prozeßhandlung der Parteien verursacht oder diejenige des Gerichts darstellt, das Ende dieser Unterbrechung; der Verzug aber ist keine unmittelbare Folge der Prozeßeinleitung als zivilprozessualen Vorgangs. Zum anderen belastet ein Hinausschieben der Unterbrechung der Verjährung den Schuldner nicht unbillig, denn ihm wird keine neue Verbindlichkeit auferlegt, sondern nur seine Befreiung von einer bestehenden Verbindlichkeit hinausgezögert. Hingegen werden dem Beklagten durch den Verzug neue weitergehende Verpflichtungen auferlegt. Daher wird der Verzug, so wie er im Gegensatz zu dem gesetzlichen Schuldverhältnis des § 989 durch die in der Klagerhebung liegende Mahnung begründet wird, durch den Verzicht des Eigentümers gegenüber dem Besitzer auf sofortige Leistung beendet. Beläßt der Eigentümer - stillschweigend - dem Beklagten von neuem seine Sache, so endet der Verzug aus §§ 989 iVm 284, 292. Kommt es zwischen diesem Verzicht und der letzten Prozeßhandlung des Gerichts oder der Parteien zu einer zufälligen Schädigung, haftet der Beklagte nicht mehr dafür.

Allerdings muß der Beklagte im Streitfall die bereits eingetretene Beendigung des Verzugs durch den Verzicht des Klägers auf sofortige Leistung nachweisen. Kann der Zeitpunkt des Verzugsendes nicht festgestellt werden, muß auf den in § 211 Abs. 2 Satz 1 enthaltenen Rechtsgedanken zurückgegriffen werden. Stellt das Gericht fest, daß das Verfahren nicht betrieben wird - durch Anordnung des Ruhens nach § 251 Abs. 1 ZPO oder bloße Untätigkeitsverfügung -, steht spätestens nunmehr das Ende des Verzugs fest. Abhängig bleibt aber auch dann das Ende - wie der Beginn - des Verzugs allein von dem Willen des klagenden Eigentümers.

5. Prozessuale Mängel, wie die Klage vor einem unzuständigen Gericht, die im Lauf des Verfahrens geheilt werden, beeinträchtigen die Verzugshaftung aus § 989 nicht; solange trotz dieser Mängel die Möglichkeit einer Sachentscheidung zugunsten des Klägers besteht und es zu dieser kommt, ist der Beklagte dem klagenden Eigentümer schuldrechtlich verpflichtet und haftet aus Verzug für Zufall.

F. ZUFALLSHAFTUNG DES PROZESSBESITZERS

Als Ergebnis ist zusammenzufassen: Liegen die Verzugsvoraussetzungen vor, und erstreitet der Kläger ein obsiegendes Urteil, so haftet der Prozeßbesitzer auf Grund seiner Verantwortlichkeit ohne Rücksicht auf seine Redlichkeit nach § 989 iVm §§ 284, 285, 287 aus Verzug für Zufall. Eine Anwendung der Vorschriften des Bereicherungsrechts zur Ermöglichung einer Zufallshaftung des Prozeßbesitzers ist nach § 993 nicht zulässig, sie ist aber auch entbehrlich.

Gegen die somit auf ihn übergegangene Gefahr zufälliger Rechtsbeeinträchtigungen kann sich der nichtberechtigte Besitzer sowenig schützen wie der Eigentümer. Es ist dies ein Teil seines Prozeßrisikos, das er tragen muß, wenn er sich erst durch ein rechtskräftiges Urteil von seiner Nichtberechtigung überzeugen läßt.

§ 8 ZUFALLSHAFTUNG DES GEMAHNTEN REDLICHEN BESITZERS

1. Setzte nur die Klagerhebung den redlichen Besitzer in Verzug, so müßte dies eine Förderung von Rechtsstreitigkeiten zur Folge haben, die - sofern nicht die rechtsgestaltende Kraft des Richterspruchs notwendig ist - nicht dem Willen des Gesetzes zu entsprechen scheint. Die bloße Mahnung des Eigentümers, die etwa inhaltlich einer schlüssigen Klageschrift entspräche, müßte daher auch zur Zufallshaftung aus Verzug führen.

2. Zwischen dem redlichen Eigenbesitzer und dem Eigentümer besteht jedoch kein steigerungsfähiges Haftungsverhältnis in Form eines gesetzlichen Schuldverhältnisses - wie zwischen dem Eigentümer und dem unredlichen sowie dem verklagten Besitzer -, das einen Verzug des redlichen Eigenbesitzers ermög-

lichen könnte ¹⁾. Die §§ 987 ff enthalten keine Vorschrift, die dem redlichen aber gemahnten Besitzer wie dem Prozeßbesitzer die Verantwortung für die fremde Sache auferlegen. In dem Widerstreit der Interessen von Eigentümer und redlichem Besitzer entscheidet das Gesetz zugunsten des redlichen Eigenbesitzers, von dem der Eigentümer seine Sache lediglich durch privatrechtliche Erklärung herausverlangt ²⁾. Der Eigenbesitzer kann, sofern er durch die Aufforderung des Eigentümers nicht unredlich wird, dessen Recht noch nicht kennen ³⁾ und braucht noch nicht - in rechtserheblicher Weise - mit seiner Verpflichtung zur Herausgabe zu rechnen ³⁾. Ihm erscheint vielmehr die in dem Herausgabeverlangen zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung des Eigentümers durch eigene Interessen bestimmt zu sein ⁴⁾. Auch fehlt der bloßen Mahnung des Eigentümers das Moment des Zwanges zu einer unbeeinträchtigten Herausgabe, welches der Klagerhebung bereits innewohnt. Erst der vom Eigentümer auf Herausgabe verklagte Besitzer muß seine nach dem Urteil erzwingbare - nunmehr schuldrechtliche - Verpflichtung zur Herausgabe der Sache in dem Zustand, der bei Klagerhebung bestand, in den Bereich des Möglichen ziehen und wie der klagende, scheinbar vermeintliche, Eigentümer ebenfalls seinen Teil des Prozeßrisikos übernehmen ⁵⁾.

3. Eine Erweiterung der Haftung mit der Ausdehnung der Verzugshaftung auf den Eigenbesitzer vor Rechtshängigkeit, die nur durch die Begründung weiterer, in den §§ 987 ff nicht vorgesehener Verantwortlichkeit möglich wäre, widerspricht dem Verbot des § 993 und verschiebt die Opfergrenze des redlichen

-
- 1) vgl. oben § 33, auch § 7 B 2 I, mit anderer Begründung gelangt auch Siméon § 95 Anm. 9 zu demselben Ergebnis; er erkennt zwar das Bestehen eines sachenrechtlichen Schuldverhältnisses schon in § 985 an, knüpft aber die persönlichen Nebenverpflichtungen an die Rechtshängigkeit, bzw. Unredlichkeit; ebenso verneint er die Möglichkeit von Pflichtverletzungen vor Rechtshängigkeit;
- 2) Staudinger-Berg Rdnr. 4 vor § 987; Erman-Hefermehl Anm. 1 vor § 987;
- 3) OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4; vgl. auch OAG Wiesbaden in SA Bd. 12 Nr. 126; ObstGerhof f. Bayern in SA Bd. 36 Nr. 12;
- 4) vgl. Josef in Gruchot Bd. 51 S. 536 Anm. 5; BGH in E 26 S. 256 (259/60) = LM 6 zu § 990; in E 32 S. 76 (92) = LM 1 zu Art. 59 GG; = in MDR 1960 S. 568;
- 5) vgl. Soergel-Siebert-Mühl § 989 Rdnr. 1, dem entspricht, daß der redliche Besitzer den Nachweis der Berechtigung des Eigentümers abwarten darf - vgl. zB OLG Hamburg in SA Bd. 46 Nr. 4 -, weil diesen Nachweis letztlich erst das Urteil erbringen kann;

Besitzers zu seinen Ungunsten ⁶⁾, die vor Rechtshängigkeit mit seiner Verpflichtung zur Herausgabe in dem gegenwärtigen Zustand gemäß § 985 oder ihres Surrogats nach § 281 erreicht ist.

4. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber auch den vorgesehenen § 934 des E I nicht in das BGB aufgenommen, nach welcher Vorschrift der redliche Besitzer durch die Mahnung des Eigentümers wie durch eine Klagerhebung nach § 989 für die fremde Sache verantwortlich werden und bei Nichterfüllung der Herausgabeverpflichtung in Verzug geraten sollte ⁷⁾.

5. Somit ist die Prozeßführung zur Anspruchsbegründung im Gesetz in Kauf genommen worden. Der Eigenbesitzer haftet für Zufallsschäden aus Verzug bei Verantwortlichkeit wegen Unredlichkeit nach § 990 Abs. 1 und wegen Rechtshängigkeit nach § 989 iVm § 292. Vor Rechtshängigkeit ist er gemäß § 993 unverantwortlich ⁸⁾.

6) vgl. Westermann § 31 III 3;

7) Protokolle S. 344, 348 = Mugdan S. 676-678;

8) das ist heute unstreitig; Leske § 119 IV 3; Dernburg Sachenrecht § 119 II B a; Kühlenbeck Einführung S. 557; Endemann II § 92 1 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 3 und 19; Siméon § 95 Anm. 9; Hedemann 3 § 29 IV a; Baur § 11 A 3 a; Lent-Schwab § 45 IV 2; Westermann § 31 III 1 c; Wolff-Raiser § 85 III 1; Dietz S. 187; Eichler S. 202; Boehmer S. 229; Siber Rechtszwang S. 117/121; Buhl S. 77; Brox S. 517; Türcke-Niedenführ-Winter § 993 Anm. 1; Biermann § 993 Anm. 2 b; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 989 Rdnr. 7; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 3, § 993 Rdnr. 1; Achilles-Greiff Anm. A II 1 vor § 986; RGRK - Johannsen § 993 Anm. 1; Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 19 vor § 987; Erman-Hefermehl Anm. 10, 1 vor § 987; Protokolle S. 347 = Mugdan S. 678 stellten die Nichthaftung als Regel "klar"; Denkschrift S. 137 = Mugdan S. 978; das galt auch im gemeinen Recht - vgl. Sintenis § 52 S. 518; Thibaut § 708; Goldschmidt in ZHR Bd. 8 S. 235/36; Eisele S. 21; Vangerow I § 333 Anm. I 2; Wächter Pandekten § 143 Beil. II B I; Baron § 152 1 a; Dernburg Pandekten § 225 5, § 226 3 a; im preußischen Recht gab es dagegen Haftung des vollständig redlichen Besitzers für grobes Versehen - ALR § 219 I 7; eine unverständliche Vorschrift nach Förster-Eccius III § 165 A d S. 131; vgl. auch Wächter WüPrR § 71 Anm. 27; AA offenbar Cosack 1901 S. 166, wenn er sagt, auf einen in Verzug gesetzten ... gutgläubigen Besitzer ... sei das nicht anzu-

§ 9 ZUFALLSHAFTUNG DES UNMITTELBAREN FREMDBESITZERS

Bei der Untersuchung der Haftung des Fremdbesitzers ist auszugehen von dem Besitzer, der dem Eigentümer unmittelbar gegenüber steht, so daß nur zwischen diesen beiden - besitzenden - Personen Rechtsbeziehungen bestehen, nicht aber auch mit Dritten als Oberbesitzer oder vermeintlichem Eigentümer.

1. Wie dem Eigenbesitzer fehlt auch dem Fremdbesitzer nach §§ 987 ff ein Besitzrecht. Beide Besitzer aber glauben, wenn sie Putativrechtler sind, an die Existenz eines ihnen zustehenden Rechts. Dabei richtet sich der Glaube des Eigenbesitzers regelmäßig auf das Vorhandensein eines notwendigerweise unbeschränkten ¹⁾, dem Eigentum entsprechenden Rechts, wohingegen der Fremdbesitzer nur an ein beschränktes, neben dem mittelbaren Eigenbesitzrecht des Eigentümers bestehendes, Recht glauben kann. Aus diesem Verhältnis von Fremdbesitz zu Eigenbesitz ergeben sich die beiden für die Haftung des Fremdbesitzers entscheidenden Grundsätze.

I. Dem Eigenbesitzer steht der Fremdbesitzer gleich, der sich im Rahmen seiner vermeintlichen Besitzberechtigung hält. Wie das Recht des Eigentümers keinen privatrechtlichen Schranken unterliegt, kann der rechtmäßige Fremdbesitzer alles tun, was sich innerhalb seiner Berechtigung hält, - ohne daß sein Wissen um den Fremdbesitz und die Rückgabeverpflichtung insoweit auf die Rechtmäßigkeit Einfluß haben kann ²⁾. Für beide - rechtmäßigen - Besitzarten gilt, daß nicht rechtswidrig sein kann, was das Gesetz oder der Berechtigte erlauben. Der Unterschied beider Besitzarten liegt lediglich darin, daß der

Fortsetzung der Fußnote 8)

wenden; unklar ist, ob Eck-Leonhard S. 172 Anm. 5 einen Verzug des redlichen Besitzers für möglich halten, wenn sie sagen, Mahnung mache nicht bösgläubig, wohl aber träten die Verzugsfolgen ein, sofern dessen Voraussetzungen vorlägen;

- 1) es sei denn, das Eigentum ist durch Belastungen beschränkt - Eichler S. 204 Anm. 88; - Imlau in MDR 1957 S. 264 - oder durch bestehendes Miteigentum;
- 2) vgl. Eichler S. 204; Planck-Brodmann Anm. 3 vor § 985; Müller BGB § 987 Anm. 1 c; Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 45; insoweit ungenau RG in LZ 1931, Sp. 249/50 = SA Bd. 85 Nr. 12, das übersieht, daß innerhalb der Besitzberechtigung eine Beschädigung der Sache erlaubt sein kann; richtig dagegen RG in E 101 S. 307 (309-311);

Bereich des Erlaubten bei dem rechtmäßigen Fremdbesitzer beschränkt ist ¹⁾. Innerhalb dieser Schranken kann er frei wie der Eigenbesitzer über die Sache verfügen. Fehlt aber die Berechtigung, so kann der unrechtmäßige putativrechtliche Fremdbesitzer, der sich im Rahmen seiner vermeintlichen Berechtigung hält, wie der unrechtmäßige Eigenbesitzer quasi rem suam negligere. Der fremdrechtliche Fremdbesitzer dagegen steht wegen seiner erkannten Nichtberechtigung ohnehin dem fremdrechtlichen Eigenbesitzer gleich.

II. Keine Entsprechung im Recht des Eigenbesitzers hat das Recht des Fremdbesitzers, der seine Besitzberechtigung überschreitet ³⁾, weil dem Eigenbesitz - regelmäßig - Schranken fehlen, die der auch nur vermeintlich Berechtigte überschreiten könnte.

a. Als unrechtmäßiger Besitzer kann zwar auch der Fremdbesitzer keine Besitzberechtigung überschreiten, er muß aber als Putativrechtler an das Vorhandensein einer solchen glauben, und diese Einstellung muß seine Haftung beeinflussen, wie es der vorgestellten Rechtslage entspricht, nach der er für Besitzrechtsüberschreitungen nach den allgemeinen Regeln verantwortlich wäre. Der zweite Grundsatz ist daher, daß alle vermeintlichen Ausgestaltungen der Besitzberechtigung sowie deren Überschreitung sich bei den subjektiven Voraussetzungen der Haftung des Fremdbesitzers auswirken können.

b. Keinen Einfluß hat die Überschreitung der - auch nur vermeintlichen - Besitzberechtigung auf die Zufallshaftung, die durch Verzug begründet wird. Weder die nur subjektiv erhebliche Vorstellung, in der sich der Fremdbesitzerexzeß abspielt, noch die tatsächliche Besitzrechtsüberschreitung - des Nicht-so-Berechtigten - begründen einen Verzug nach §§ 284, 285. Verzug ist der rechtserhebliche Zustand, der durch die andauernde Verzögerung einer geschuldeten Leistung entsteht. In keiner Beziehung dazu steht die Exzeßhandlung, die das vermeintlich eingeräumte Recht verletzt, aber weder einen Zustand begründet noch darstellt. Wie der exzedierende Besitzer nicht durch den Exzeß unrechtmäßig und unredlich werden kann ⁴⁾, kann er auch nicht Verzugsbesitzer werden, es gibt keinen Zustand des Exzeßbesitzes. Das zeigt sich auch darin, daß dem Verzugsbesitzer die Nichterfüllung der Verpflichtung zur sofortigen Herausgabe zum Vorwurf gemacht wird, dem exzedierenden Besitzer dagegen die Verletzung der Pflicht zu einer durch keine rechtswidrigen Handlungen beeinträchtigten Herausgabe der Sache.

3) also das Recht des Fremdbesitzerexzesses; vgl. Imlau in MDR 1957 S. 263; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 993 Rdnr. 4;

4) vgl. oben § 2 4 II, III und § 4 6 IV b, c;

Der zweite Grundsatz ist somit dahin zu ergänzen, daß der Fremdbesitzerexzeß ohne Einfluß auf die Haftung aus Verzug bleibt.

III. Keine Entsprechung im Recht des Eigenbesitzers hat auch das Recht des nicht-mehr-berechtigten Fremdbesitzers. Bei ihm wirkt es sich bei der Redlichkeit und in den Verzugsvoraussetzungen aus, daß er - zumindest vermeintlich - besitzberechtigt war, und eine schuldrechtliche Rückgabepflichtung erst nach Auslaufen des Besitzmittlungsverhältnisses mit Wirkung allein für die Zukunft fällig wird.

2. Diese beiden aufgezeigten Grundsätze enthalten alles über die Haftung des unrechtmäßigen unmittelbaren Fremdbesitzers. Soweit er sich im Rahmen seiner vermeintlichen Berechtigung hält, haftet er nach denselben Regeln und in demselben Umfang wie der unrechtmäßige Eigenbesitzer ⁵⁾ und bleibt - wie jener - von jeder Haftung frei, solange er unverantwortlich ist ⁵⁾. Für Zufallshaftung aus Verzug haftet er wie der Eigenbesitzer, wenn er als unredlicher oder auf Herausgabe verklagter Fremdbesitzer verantwortlich geworden ist. Der Überschreitung seiner vermeintlichen Berechtigung kommt nur für die Verschuldenshaftung Bedeutung zu. Wie für jede rechtswidrige Pflichtverletzung hat der Fremdbesitzer für Exzeßhandlungen, wenn sie schuldhaft begangen sind, nach Deliktsrecht ⁶⁾ oder - daneben - aus Eigentümer-Besitzer-Recht als Er-

5) Lent-Schwab § 45 IV 2; Soergel-Siebert-Mühl Rdnr. 18 vor § 987; Erman-Hefermehl Anm. 10, 1 vor § 987, § 990 Anm. 6; Palandt-Hoche Anm. 2 b bb vor § 987; Wolff-Raiser § 85 III 1; Dietz S. 190; Josef in Gruchot Bd. 51 S. 549; vgl. Siebert in DGBR 1940 S. 244; aA ersichtlich nur BGH in LM 2 zu § 688, der - Blatt 2 - auf einen Fremdbesitzer vor Rechtshängigkeit den Rechtsgedanken des § 989 anwenden will und somit auch vor der Rechtshängigkeit bei dem Fremdbesitzer im Rahmen seiner Berechtigung ein gesetzliches Schuldverhältnis anerkennen will, denn was für den rechtmäßigen Besitzer gilt, muß auch für den redlichen gelten, weil der Glaube an die Rechtmäßigkeit besteht; diese These des BGH ist allerdings nicht zu begründen und auch in der Entscheidung selbst nicht begründet; die Entscheidung ist im übrigen abwegig, vgl. Anm. 8;

6) so die h. M.; Eichler S. 205; Esser § 201 3 i; Westermann § 31 III 2 b; Baur § 11 B i 3; Lent-Schwab § 45 IV; Müller BG3 § 987 Anm. 1 a; Achilles-Greif-Leiss § 993 Anm. 4; RGRK-Johannsen § 987 Anm. 4; Erman-Hefermehl Anm. 10, 1 vor § 987; Soergel-Siebert-Mühl § 992 Anm. 1; Palandt-Hoche Anm. 2 b bb vor § 987, jedoch läßt er § 990 zu, wenn

satz für das Vertragsrecht einzustehen, wie es im Anschluß an Wolff Imlau und Schneider fordern ⁷⁾, und es der BGH als Haftungsmöglichkeit ⁸⁾ andeutet ⁹⁾.

3. Die Redlichkeit des Fremdbesitzers besteht in einem nur beschränkten Umfang als bei dem Eigenbesitzer, weil spätestens das vermeintliche Auslaufen des Rechtsverhältnisses, das dem Besitzer das Recht zum Besitz vermitteln sollte, zur mala fides superveniens durch Kenntnis der Nichtberechtigung führt.

Fortsetzung der Fußnote 6)

der nichtberechtigte Fremdbesitzer sich zum Eigenbesitzer macht; Wolff-Raiser § 85 III 6 a; Becker in NJW 1954 S. 787; RG in HRR 1933 Nr. 1650-1652; in E 101 S. 307 (309-311); OGHZ in E 1 S. 308 (310); BGH in LM 1 zu § 817 = in JZ 1951 S. 716;

- 7) Imlau in MDR 1957 S. 264/65 und Schneider in MDR 1955 S. 718/719 wollen mit guter Begründung die Rechtsfolgen allein aus den §§ 987 ff entnehmen, besonders der Beweislast wegen; aus § 990 will sie bei wissentlicher Besitzrechtsüberschreitung auch Heck § 69 2 entnehmen; so auch Erman-Peters § 990, 3 neben den 823 ff wollen auch die §§ 989, 990 auf den exzedierenden Fremdbesitzer anwenden; Erman-Hefermehl Anm. 14 vor § 987; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 991 Rdnr. 3; ebenso - für Umwandlungsfälle - Palandt-Hoche Anm. 2 b bb vor § 987; dagegen; Staudinger-Berg § 990 Rdnr. 1;
- 8) BGH in LM 1 zu § 817 = in JZ 1951 S. 716, in E 31 S. 129 (133) = LM 8 zu § 990; nach BGH sollen die Vorschriften des § 990 neben denen des § 823 anwendbar sein; zustimmend: Westermann § 31 III 2 b für den Fall der Besitzumwandlung von berechtigtem Fremdbesitz in unberechtigten Eigenbesitz bei Bösgläubigkeit hinsichtlich des fehlenden Umwandlungsrechts; BGH in LM 2 zu § 688 hält die Ansprüche aus § 989 neben vertraglichen Ansprüchen für möglich, zustimmend Achilles-Greif-Leiss § 989 Anm. 3; diese Entscheidung ist unrichtig, bei Bestehen eines Verwahrungsverhältnisses wie im entschiedenen Fall fehlt eine Vindikationslage als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 987 ff; aus diesem Grunde wird diese Entscheidung allgemein abgelehnt, vgl. RGRK-Johannsen § 989 Anm. 20; Soergel-Siebert-Mühl § 989 Rdnr. 3; Schneider in MDR 1955 S. 718; Staudinger-Berg § 989 Rdnr. 2;
- 9) damit besteht für den exzedierenden Fremdbesitzer ein weiterer Verantwortlichkeitstatbestand neben den §§ 989 ff, der allerdings seine Ursache nicht in der Möglichkeit der Nichtberechtigung des Besitzers, sondern in der insoweit bewußten Nichtberechtigung hat; insoweit gleicht diese Verantwortlichkeit derjenigen des § 990 I 2; vgl. im übrigen zur Lehre vom Fremdbesitzer-exzeß unten § 11 2;

I. Glaubt der redliche Fremdbesitzer, auf Grund eines langfristigen, nur durch wichtigen Grund kündbaren, Mittlungsverhältnisses zu besitzen, und fordert ihn der Eigentümer vorzeitig wegen der gegebenen Nichtberechtigung zur Herausgabe auf oder verklagt ihn, so bestimmt sich die Redlichkeit dieses Fremdbesitzers wie bei dem Eigenbesitzer. Können ihn die Ausführungen des Eigentümers nicht von seiner fehlenden Berechtigung überzeugen, so glaubt er weiterhin, auf Grund eines wirksamen Mittlungsverhältnisses zu besitzen; er bleibt redlich.

II. Nimmt der redliche Fremdbesitzer an, es bestehe ein jederzeit vom Eigentümer durch Herausgabeverlangen zu beendiges Mittlungsverhältnis, so weiß er, wenn der Eigentümer die Sache zurückverlangt, daß er nun nicht mehr besitzberechtigt ist und wird unredlich. Allerdings hält er sich für nicht-mehr-berechtigt, obwohl er zu keiner Zeit berechtigt war.

III. Der wahre und der vermeintliche Nicht-mehr-Berechtigte sind regelmäßig nach dem Herausgabeverlangen des Eigentümers unredlich gemäß § 990 Abs. 1 Satz 2. Nur ausnahmsweise bleibt ein Nicht-mehr-Berechtigter Putativrechtler und redlich, wenn er das berechtigte Herausgabeverlangen des Eigentümers nicht kennt, wie der das fremde Recht an der Sache nicht kennende Erbe des zur Herausgabe aufgeforderten wahren oder vermeintlichen Verwahrers.

IV. Unterliegt der Eigentümer demselben Irrtum wie der Besitzer und glaubt an das Bestehen eines andersartigen Besitzmittlungsverhältnisses oder kennt dessen Unwirksamkeit, so ist diese Auffassung für die Haftung des Besitzers unerheblich. Sie kann nur Bedeutung erlangen, wenn die Auffassung des Eigentümers als Gläubiger die Haftung des Besitzers beeinflußt oder wenn sie ein Indiz für die Berechtigung einer unrichtigen Ansicht des Besitzers darstellen kann ¹⁰⁾.

4. Der dem verantwortlichen Eigenbesitzer vergleichbare Fremdbesitzer gerät wie dieser in Verzug ¹¹⁾.

10) wie bei der Entbehrlichkeit der Mahnung, vgl. unten 5 III;

11) die folgenden Ausführungen treffen daher nicht auf den lediglich wegen einer Exzeßhandlung Verantwortlichen zu;

I. Das zur Verzugshaftung führende Rechtsverhältnis ist das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß §§ 989, 990, nicht das vermeintliche vertragliche Verhältnis. Nur bei dem nicht-mehr-berechtigten Besitzer kann das vertragliche Verhältnis neben dem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Verzug führen.

II. Der verantwortliche Eigenbesitzer gerät mit der ersten Herausgabeforderung des Eigentümers in Verzug, weil er auf Grund seiner Verantwortlichkeit weiß oder wissen mußte, daß er wegen der ex tunc bestehenden Unrechtmäßigkeit seines Besitzes Schuldner einer auch ohne Leistungsverlangen des berechtigten Eigentümers fälligen Herausgabeverpflichtung ist. Ebenso bewirkt das erste Herausgabeverlangen an den verantwortlichen Fremdbesitzer die Vollfälligkeit seiner Verpflichtung; der verantwortliche Fremdbesitzer weiß, mußte wissen oder damit rechnen, daß er seit Beginn seines Besitzes nicht einmal zum Fremdbesitz berechtigt ist.

III. Bei dem, einem Eigenbesitzer nicht vergleichbaren, wahren oder vermeintlichen Nicht-mehr-Berechtigten wirkt es sich für die Fälligkeit seiner Verpflichtung aus, daß er erst durch das Herausgabeverlangen des Eigentümers unrechtmäßiger Besitzer und zur nunmehrigen Herausgabe verpflichteter Schuldner wird oder zu werden glaubt. Nur wenn dieser Glaube bei dem fremdrechtlichen Nicht-mehr-Berechtigten fehlt, gerät er wie der Eigenbesitzer in Verzug.

a. Der wahre Nicht-mehr-Berechtigte verzögert seine Leistung erst nach dem Herausgabeverlangen des Eigentümers, durch das seine Verpflichtung fällig geworden ist. Nach § 284 Abs. 1 gerät er sowohl mit seiner vertraglichen wie mit seiner gesetzlichen Herausgabeverpflichtung erst mit einer besonderen Mahnung in Verzug, welche die Vollfälligkeit seiner Schuld bewirkt.

b. Der nur vermeintlich Nicht-mehr-Berechtigte ist bereits vor der Aufforderung des Eigentümers zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Da er aber hinsichtlich seines fehlenden Besitzrechts für die Vergangenheit redlich und wie der redliche Eigenbesitzer unverantwortlich ist ¹²⁾, besteht für die Zeit seiner vermeintlichen Berechtigung kein gesetzliches Schuldverhältnis, das sich in die Verzugshaftung einreihen ließe.

12) ist er nach §§ 989/990 verantwortlich, so haftet er wie der verantwortliche Eigenbesitzer; sein - nicht mehr vollkommen geschützter - Glaube an seine Berechtigung in der Vergangenheit steht einer Haftung wie bei diesem nicht entgegen;

tung steigern könnte. Erst durch das Auslaufen seiner vermeintlichen Berechtigung mit dem Herausgabeverlangen des Eigentümers wird - soweit er durch dies nicht Kenntnis seiner generell fehlenden Berechtigung erhält - seine Verantwortlichkeit für die Zukunft und das gesetzliche Schuldverhältnis mit dem Eigentümer begründet, das - anders als bei der rückwirkenden mala fides superveniens nach § 990 Abs. 1 Satz 2 - eine erst nunmehr fällig gewordene schuldrechtliche Herausgabeverpflichtung zum Gegenstand hat. Diese mit der Aufforderung des Eigentümers fällig gewordene Verpflichtung muß der Eigentümer durch eine weitere - mahnende - Leistungsaufforderung nach § 284 zur Vollfälligkeit führen, um den Besitzer in Verzug zu setzen.

c. Eine Ausnahme gilt für den verklagten - wahren oder vermeintlichen - Nicht-mehr-Berechtigten, dessen Besitzberechtigung mit der Klagerhebung ausläuft¹³⁾. Wird seine Verpflichtung auch erst mit dem Herausgabeverlangen in der Klageschrift mit Wirkung ex nunc fällig, so ersetzt das in der Prozeßführung liegende andauernde Leistungsbegehren des Klägers eine weitere Mahnung. Läßt der Besitzer das modicum tempus verstreichen, so befindet er sich seit Beginn der Rechtshängigkeit in Verzug.

5. Einfluß auf die Unfallhaftung des Fremdbesitzers können letztlich auch andere von den allgemeinen Schuldrechtsvorschriften abweichende Vereinbarungen über die Haftung haben, die in einem - allerdings unwirksamen - schuldrechtlichen Besitzmittlungsverhältnis zwischen Eigentümer und Fremdbesitzer enthalten sind¹⁴⁾.

I. Haftungsverschärfenden Abmachungen zugunsten des Eigentümers, welche etwa die Gefahr für zufällige Beeinträchtigungen seines Rechts bereits während des Vertragsverhältnisses oder unmittelbar nach dessen Ablauf ohne besondere Voraussetzungen auf den Besitzer überleiten, fehlt die Rechtsgrundlage, wenn das schuldrechtliche Besitzmittlungsverhältnis unwirksam ist. Damit muß zwar der rechtmäßige Besitzer schärfer haften als der unrechtmäßige¹⁵⁾. Es kann aber

13) dagegen gilt § 989 unbeschränkt, wenn der vermeintlich Nicht-mehr-Berechtigte vom Eigentümer verklagt wird, weil er zu keiner Zeit besitzberechtigt war;

14) im Ergebnis zustimmend: Planck-Brodmann Anm. 3 vor § 985;

15) dagegen zwar Cosack-Mitteis § 56 I 1 b, dessen Auffassung jedoch für den Fremdbesitzerexzeß gilt; die Exzeßhaftung war 1924 noch nicht so einheit-

die Haftungsverpflichtung des rechtmäßigen Besitzers nicht das Mindestmaß der Haftung des entsprechenden unrechtmäßigen Besitzers bestimmen, weil die rechtliche Stellung beider Besitzer nicht die gleiche ist. Die vom Gesetz abweichenden, die Rechtsstellung des Besitzers verschlechternden Vereinbarungen müssen von seinem freien und wirksamen Willen getragen sein; er muß bewußt auf die ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte verzichten, etwa als Äquivalent für erhöhte Vorteile. Mit der Unwirksamkeit der Vereinbarung entfallen Verzicht wie etwa zugestandene Vorteile. Es muß wieder die gesetzliche Regelung gelten. Lediglich bei dem wahren Nicht-mehr-Berechtigten können solche Vereinbarungen wirksam sein ¹⁶⁾ und nachwirken ¹⁶⁾; sie beeinflussen dann auch die vindikationsrechtlichen Nebenansprüche ¹⁷⁾.

II. Außer bei dem wahren Nicht-mehr-Berechtigten fehlt die Rechtsgrundlage bei Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Besitzmittlungsverhältnisses auch für haftungseinschränkende Vereinbarungen, welche zugunsten des Besitzers eine Zufallhaftung ausschließen oder ihre Voraussetzungen verschärfen, wie durch Beschränkung des vom Besitzer zu vertretenden Haftungsmaßstabs.

Fortsetzung der Fußnote 15)

lige Rechtsansicht, so daß Mitteis' Lehre sie stützen sollte; ebenso Schlegelberger-Volgels-Spreckelsen § 993 Rdnr. 4, der auch in der Haftung des Rechtmäßigen das Mindestmaß der Haftung des Unrechtmäßigen sieht, und Erman-Hefermehl Anm. 1 vor § 987, sowie Imlau in MDR 1957 S. 263/64, der die volle Gleichstellung beider Besitzer will; vgl. auch RG in E 101 S. 307 (309-311); Siber in Rechtszwang S. 121 und vergleichsweise in IdogmJB Bd. 89 S. 45 will die - entgegengesetzte - Gleichstellung derart, daß der rechtmäßige Besitzer nicht schärfer als der unrechtmäßige haften soll; gegen diese unbedingte Gleichstellung beider Besitzer wegen der oft verschiedenen Interessenlagen; Raiser in JZ 1958 S. 685 und in JZ 1961 S. 530;

16) sie haben Vorrang; Erman-Hefermehl § 990 Anm. 6;

17) dagegen - von seinem Ausgangspunkt, daß die §§ 987 ff bei dem Nicht-mehr-Berechtigten gar nicht zur Anwendung kommen können - Siber in Passivlegitimation S. 233 ff; entweder gälten die besonderen Haftungsabmachungen nur für die Vertragsansprüche, dann sei die Verschiedenheit zu den Vindikationsansprüchen untragbar, - und die mögliche Privilegierung im Vertragsrecht würde durch die Anwendbarkeit des Vindikationsrechts hinfällig, vgl. Rechtszwang S. 129 - oder sie gälten auch für die Vindikationsansprüche, dann aber fehle die Notwendigkeit einer Konkurrenz beider Ansprüche;

a. Den zur Zufallshaftung verpflichteten Besitzer kann aber nach § 242 sein Vertrauen in die Wirksamkeit der Vereinbarung vor der Inanspruchnahme nach der schärferen gesetzlichen Haftung schützen.

a1. Glaubt der Besitzer, die fremde Sache wie seine eigene behandeln zu dürfen, oder auf sie nicht besonders achten zu müssen, weil ihm Fahrlässigkeit nicht schade, so handelt er nach dieser Überzeugung und trifft weder besondere Fürsorge für die Sache noch möglicherweise Vorsorge für den Fall ihrer Schädigung. Wird er später für dieses Verhalten dennoch zur Verantwortung gezogen, so erscheint ihm das unbillig, wenn er bei Kenntnis der wahren Rechtslage den Schaden durch größere Sorgfalt möglicherweise vermieden hätte. Aus diesem Grund soll dem Handelnden sein Glaube an die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Abmachungen nach § 242 nicht zum Nachteil gereichen, wenn er als gerechtfertigt anzuerkennen ist. Dieser Glaube wirkt dann wie die Vereinbarung, wenn sie wirksam wäre, und bestimmt damit den Rahmen der vermeintlichen Besitzberechtigung des Fremdbesitzers¹⁸⁾. Damit zeigt sich zugleich, daß das Vertrauen des Besitzers nach § 242 als gerechtfertigt anzuerkennen ist, wenn ihm aus seinem Glauben an sein vermeintliches Besitzrecht in dem angenommenen Rahmen - gemäß dem vermittelnden Schuldverhältnis - von der Rechtsordnung wegen seiner Redlichkeit kein Vorwurf gemacht wird. Der unredliche putativrechtliche Besitzer hat zwar dies Vertrauen auch, er verdient aber keinen Schutz, weil er bereits bei Anwendung nicht übermäßiger Sorgfalt bei Besitzerwerb erfahren hätte, daß nicht nur sein Besitzrecht, sondern auch die Freistellung von der gesetzlichen Zufallshaftung unwirksam war.

b1. Indem der Grundsatz des § 242 den Glauben an die Zulässigkeit und Unschädlichkeit eines bestimmten Verhaltens schützt, hat er idR keine Bedeutung für eine unwirksame Freistellung von einer Haftung für Zufall. Während der Vertrauensgrundsatz voraussetzt, daß dem Haftenden aus einem bestimmten, objektiv pflichtwidrigen Handeln - unbilligerweise - ein Vorwurf gemacht wird, bedeutet Zufallshaftung die bloße Übernahme der Gefahr für einen Schaden, aus dessen Eintritt dem Haftenden unmittelbar kein Vorwurf gemacht wird, weil er ihn nicht durch schuldhaftes Verhalten in adaequater Weise verursacht hat. Ausschluß der Zufallshaftung setzt somit regelmäßig eine wirksame Vereinbarung voraus; jedoch wirkt es sich auch aus, daß die Zufallshaftung des BGB mittelbar auf schuldhaftem Verhalten des zur Haftung Verpflichteten beruht. Ist sein Glau-

18) mit anderer Begründung im Ergebnis wie hier: Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 202; vgl. auch Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 15/16, 49;

be an eine vereinbarte Haftungsmilderung erheblich, so gerät er bei entsprechendem Verhalten mangels Verschuldens nicht in Verzug und entgeht der Unfallhaftung. Das gilt auch, wenn der Fremdbesitzer sich im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Haftungsfreistellung in bestimmter, ihn nun schädigender Weise verhalten hat, indem er es etwa bewußt unterlassen hat, für Unfallschäden Vorsorge zu tragen wie durch Abschluß einer Versicherung; gemäß § 242 kann er insoweit Freistellung von der gesetzlichen Unfallhaftung erreichen, als er durch die unterlassene Handlung vor einem Schaden gesichert wäre.

b. Bedeutung haben diese über § 242 wirkenden haftungsbeschränkenden Vereinbarungen für die Unfallhaftung aus Verzug nur, wenn die Verantwortlichkeit des haftenden Besitzers einen rechtlich erheblichen Glauben an das Bestehen solcher Vereinbarungen nicht ausschließt, wie es allein bei dem Nicht-mehr-Berechtigten der Fall sein kann. Die Verantwortlichkeit wegen Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis der niemals existent gewesenen Berechtigung zerstört auch den guten Glauben an das Bestehen haftungsbeschränkender Abmachungen. Nur der redliche Nicht-mehr-Berechtigte, der glaubt, mit Ablauf seiner Berechtigung im Rahmen der nachwirkenden Abmachungen herausgabepflichtig geworden zu sein, gerät nicht in Verzug, wenn das Unterlassen der Herausgabe auf einem solcherart schuldhaften Verhalten beruht, für das er nach der vermeintlich getroffenen Vereinbarung nicht einzustehen hätte. Den - wenn auch unwirksamen - Abschluß der Vereinbarung muß er im Rechtsstreit als ihn entschuldigende Tatsache nach § 285 nachweisen; nur die Rechtserheblichkeit des Einwands steht wegen seiner Redlichkeit fest.

c. Nichts Besonderes gilt hinsichtlich der vermeintlich haftungsbeschränkenden Vereinbarungen, wenn der Nicht-mehr-Berechtigte durch Rechtshängigkeit einer Herausgabeklage, die ihn als Nicht-mehr-Berechtigten, nicht aber als ursprünglich Nichtberechtigten in Anspruch nimmt, in Verzug gerät. Die vermeintlichen Abmachungen wirken dann zugunsten des redlichen Nicht-mehr-Berechtigten wie die wirksamen Absprachen für den wahren Nicht-mehr-Berechtigten. Zugunsten dessen wirken Freizeichnungsklauseln, wie Vereinbarungen eines bestimmten Verschuldensmaßstabs, auch nach Ablauf des Schuldverhältnisses, wenn sie nicht ausdrücklich nur für die Zeit des Bestehens des Vertragsverhältnisses geschlossen sind; es schadet daher dem unentgeltlichen Verwahrer nach § 690 auch nach Beendigung des Verwahrungsverhältnisses leichte Fahrlässigkeit nicht¹⁹⁾. Der Vertragsablauf allein verschlechtert - anders als der Verzug - die Rechtsstellung noch nicht. Ebenfalls greift die Rechtshängigkeit nicht in dieser Weise rechtsän-

19) so für den Fall des § 285: Windscheid-Kipp § 278 S. 140/1;

dernd in das Rechtsverhältnis ein¹⁹⁾; sie begründet zwar etwaige noch nicht bestehende Obhutspflichten, die bereits bestehende Leistungspflicht und andere Vereinbarungen läßt sie unberührt. Auch der verklagte Verwahrer wird als Verwahrer in Anspruch genommen, lediglich auf eine besonders energische Weise. Für seine Haftung nach § 292 gilt bei Unentgeltlichkeit weiterhin § 690²⁰⁾. Dementsprechend entlasten solche vermeintlichen Absprachen den redlichen Nicht-mehr-Berechtigten auch nach Rechtshängigkeit.

III. Wie eine haftungsverschärfende Abmachung wirkt die Vereinbarung, zur Verzugsbegründung auf die Mahnung zu verzichten; sie muß gültig sein, was nur bei dem wahren Nicht-mehr-Berechtigten der Fall sein kann. Gegenüber jedem anderen Fremdbesitzer kann ein nur unwirksam vereinbarter Ausschluß der Notwendigkeit, zu mahnen, nicht wirken. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Fremdbesitzer seine Herausgabepflicht kennt und, wenn er die Vereinbarung für wirksam hält, nach vermeintlicher Vollfälligkeit seiner Schuld glaubt, sich in Verzug zu befinden. Wenn dieser Schuldner nicht auf die Mahnung verzichtet und sich selbst mahnt, kann er nicht durch sein Wissen und seinen Glauben die objektiven Verzugsbedingungen ersetzen, die ein Handeln des Gläubigers erfordern. Jedoch gilt nun zugunsten des Eigentümers der Vertrauensgrundsatz nach § 242. Glaubte der Eigentümer an die Wirksamkeit der Vereinbarung mit dem Besitzer und unterläßt er aus diesem Grund - bei einer terminierten Schuld etwa - die Mahnung, so tritt ohne diese Verzug ein, wenn sein Vertrauen gerechtfertigt ist. Der Besitzer wird dadurch nicht benachteiligt, weil er bei Redlichkeit oder putativrechtlicher Unredlichkeit ebenfalls an die Wirksamkeit der Vereinbarung glaubt, bei fremdrechtlicher Unredlichkeit aber weiß, daß der Eigentümer möglicherweise im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Absprache die Mahnung unterläßt.

6. Somit kann der unmittelbare Fremdbesitzer wie der Eigenbesitzer bei Verantwortlichkeit in Verzug geraten und zur Zufallshaftung verpflichtet sein.

20) aA: Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 167/68, anders aber für Ansprüche aus § 990 - S. 205 -, hierfür läßt er § 690 gelten; Siber Passivlegitimation S. 253, Rechtszwang S. 128, für die Ansprüche aus § 989, fraglich ist bei Siber, ob das auch gelten soll, wenn der Eigentümer die Sache selbst hinterlegt hat, vgl. Rechtszwang S. 137; Crome I § 129 Anm. 18; insoweit aA auch Windscheid-Kipp § 124 S. 634, der meint, eine Privilegierung müsse auch für den Fall der Rechtshängigkeit besonders vereinbart sein, eine allgemeine Privilegierung gelte dann nicht mehr;

Vereinbarte, aber unwirksame Ausgestaltungen des schuldrechtlichen Kausalverhältnisses wirken sich subjektiv bei der Redlichkeit, dem Verschulden ²¹⁾ oder den anderen Verzugs Voraussetzungen aus.

§ 10 ZUFALLSHAFTUNG DES UNTERBESITZERS NACH § 991 ABS. 2

Einige Besonderheiten in der Ausgestaltung der Zufallshaftung gelten, wenn der Eigentümer einen ihm nur mittelbar gegenüberstehenden fremdbesitzenden Unterbesitzer in Anspruch nimmt, der seinen unmittelbaren Besitz nach §§ 868, 871 als Besitzmittler für einen Oberbesitzer und den Eigentümer als weiteren Oberbesitzer oder für einen Dritten ausübt, den er in Unkenntnis der wahren Eigentumsverhältnisse als Eigentümer ansieht ¹⁾.

1. Eine Vindikationslage besteht für diesen Unterbesitzer, wenn sein Oberbesitzer oder vermeintlicher Eigentümer ihm kein wirksames Besitzrecht vermitteln kann, oder dies an der Ungültigkeit seines Besitzmittlungsverhältnisses scheitert ²⁾. Um redlich zu sein, muß der nichtberechtigte Unterbesitzer an die Wirksamkeit so vieler sein Besitzrecht vermittelnder Rechtsverhältnisse glauben, als solche zwischen ihm und dem Eigentümer unwirksam sind ³⁾.

2. Dieser Unterbesitzer haftet dem Eigentümer wie jeder Fremdbesitzer nach §§ 989, 990 ⁴⁾. Die Gleichstellung mit dem einfachen Fremdbesitzer nach

21) insoweit wie Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 202, der - in anderem Zusammenhang - meint, Haftungsbeschränkungen zugunsten des Verwahrers, der sich für berechtigt halte, seien nicht illusorisch;

1) "zweistufiger Besitz" nach Cosack-Mitteis § 57 I 2;

2) vgl. oben § 2 II, III, IV;

3) vgl. oben § 4 I c;

4) Eck-Leonhard S. 173; Crome III § 417 II 1 b; Lent-Schwab § 45 IV 2; Westermann § 30 II 2; Biermann § 991 Anm. 2 a; Erman-Hefermehl § 991 Anm. 1; Dietz S. 195, Bunsen aaO S. 432; Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 174; Protokolle S. 341 = Mugdan S. 674;

§§ 989, 990 wird jedoch dem zwischen Eigentümer und Unterbesitzer bestehenden rechtlichen Zustand nicht vollkommen gerecht ⁵⁾. Bei dem einfachen Fremdbesitzer fehlt – soweit er kein Nicht-mehr-Berechtigter ist – ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis, das für den Besitzer besondere vertragliche Rechte und Pflichten begründen kann. Der Unterbesitzer dagegen kann, wenn sein fehlendes Besitzrecht lediglich auf einem Mangel des Verhältnisses zwischen Eigentümer und Oberbesitzer beruht, mit diesem Oberbesitzer in einem wirksamen Rechtsverhältnis stehen und aus diesem in besonderer Weise berechtigt und verpflichtet sein. Weil solche Pflichten auch bestehen, wenn der Unterbesitzer wegen seiner Redlichkeit gegenüber dem Eigentümer von der vindikatorischen Haftung gemäß § 993 freigestellt ist, bestimmt der von der 2. Kommission auf Vorschlag Bolzes ⁶⁾ in das BGB aufgenommene § 991 Abs. 2 ⁷⁾, daß der Besitzer, wenn er bei Erwerb des Besitzes in gutem Glauben war, gleichwohl vom Erwerb des Besitzes an den in § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten hat, als er seinem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Es soll der Fremdbesitzer, der in einem wirksamen Haftungsverhältnis steht, nach diesem trotz seiner Redlichkeit auch dem Eigentümer verpflichtet sein. Seine Stellung ist insoweit der des Nicht-mehr-Berechtigten ähnlich.

3. § 991 Abs. 2 will für den Eigentümer Schadensersatzansprüche gegen einen redlichen Fremdbesitzer begründen ⁸⁾, die nicht von den Voraussetzungen der §§ 989, 990 abhängig sind.

I. a. § 991 Abs. 2 setzt voraus, daß der redliche Unterbesitzer seinem Oberbesitzer für einen eingetretenen Schaden verantwortlich ist. Dieser kann auf einem unmittelbaren schuldhaften Verhalten beruhen. Schuldhaft – subjektiv rechtswidrig – handeln und dadurch dem Oberbesitzer verantwortlich werden kann der redliche Fremdbesitzer jedoch nur, wenn er den Rahmen seiner vermeintlichen, vom Oberbesitzer abgeleiteten Besitzberechtigung überschreitet. In diesem Fall begründet § 991 Abs. 2 seine Verantwortlichkeit auch dem Eigentümer gegenüber. Somit erfaßt § 991 Abs. 2 einmal die Fälle des Exzesses des unrecht-

5) Endemann II § 92 1 c;

6) Bolze S. 106 ff; vgl. Eck-Leonhard S. 175 Anm. 1; Biermann § 991 Anm. 2 e; Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 a; vgl. aber auch v. Tuhr in KrVJSchr. Bd. 43 S. 588;

7) vgl. Protokolle S. 347 = Mugdan S. 678; vgl. § 905 II des E II;

8) Heck § 69 1 spricht von "anspruchmehrender" Bedeutung;

mäßigen Unterbesitzers⁹⁾ und bleibt insoweit für eine Zufallshaftung dieses Besitzers ohne Bedeutung¹⁰⁾.

b. Für eine Zufallshaftung des redlichen Unterbesitzers gegenüber dem Eigentümer kann § 991 Abs. 2 bedeutsam werden, wenn der Unterbesitzer seinem Oberbesitzer auch für einen zufällig eintretenden Schaden verantwortlich ist, was auf Grund besonderer gesetzlicher Regelung - wenn der Oberbesitzer den Unterbesitzer in Verzug gesetzt oder dieser auch ohne Verzug wie in § 701 Abs. 1 für Zufall einzustehen hat - sowie persönlicher Abmachungen der Fall sein kann - wenn beide Besitzer generelle Zufallshaftung oder besondere Verzugsvoraussetzungen vereinbart haben.

II. Um Ansprüche auf Ersatz von Zufallsschäden, wie sie dem Oberbesitzer zustehen, auch zugunsten des Eigentümers begründen zu können, muß sich § 991 Abs. 2 auch auf die Verantwortlichkeit für Zufallsschäden erstrecken.

a. Nach dieser Vorschrift hat der Besitzer den "in § 989 bezeichneten Schaden" zu ersetzen. Ist nach dieser Formulierung Gegenstand des Ersatzanspruchs des § 991 Abs. 2 die durch Verschulden unmittelbar verursachte Beeinträchtigung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers, so begründet § 991 Abs. 2 keine Ansprüche auf Zufallshaftung¹¹⁾. Solche Ansprüche können dem Eigentümer nach

-
- 9) Westermann § 32 V 3; Baur § 11 C II 1; sie ist deren Ausgangspunkt, worauf Soergel-Siebert-Muhl § 991 Rdnr. 1 hinweist; vgl. Fikentscher § 103 I 4 b;
- 10) hierauf beschränkt ein Teil der Rechtslehre - vielfach ohne Begründung - die Bedeutung des § 991 Abs. 2 Leske § 119 IV 3; Crome § 417 Anm. 24; Endemann II § 92 1 c; Goldmann-Lilienthal § 51 II 1 d Anm. 12; Müller BGB § 991 Anm. B; Staudinger-Berg § 991 Rdnr. 3, der die Notwendigkeit einer Erstreckung des § 991 II auf die Zufallshaftung wegen der Möglichkeit der Abtretung der Ansprüche des Oberbesitzers verneint, welches Argument aber auch die Ansprüche aus Exzeßhandlungen betrifft; Palandt-Hoche § 991 Anm. 2; Kunze S. 112; Bunsen aaO S. 431; eingeschränkt auch Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 a; sowie die in Anm. 11 Genannten; wohl auch Cosack - 1901 S. 165 und Eck-Leonhard S. 175 Anm. 1;
- 11) so; Eichler S. 205 Anm. 97; J. v. Gierke § 39 V 1 a; Neumann BGB § 991 Anm. 3; Biermann § 991 Anm. 2 b; Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 c; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 991 Anm. 4; Staudinger-Berg Rdnr. 7 vor § 987; RGRK-Johannsen § 991 Anm. 5; Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 a, der auch argumentum aus 990 II hinzufügt; gegen diese Begründung, wenn auch im Ergebnis zustimmend, Kunze S. 112 Anm. 1;

§ 991 Abs. 2 nur zustehen, wenn mit dem "in § 989 bezeichneten Schaden" derjenige gemeint ist, den auch der Prozeßbesitzer als Verantwortlicher zu ersetzen hat, und damit jeder Schaden, den der Eigentümer durch Beeinträchtigung seines Herausgabeanspruchs erleidet, und für den der Unterbesitzer verantwortlich ist.

Für die erste Alternative mit der engen Auslegung des Begriffs "Schaden" in § 991 Abs. 2 spricht scheinbar der Wortlaut mit seinem Hinweis auf das Verschulden in § 989. Der zu ersetzende Schaden ist indessen das bloße Ergebnis einer Handlung oder Kausalkette¹²⁾. Zu seiner Bestimmung bedarf es keiner Wertung der ihn verursachenden Ereignisse, wie sie im Verschulden liegt, das die Beurteilung der Vorwerfbarkeit der Schadensverursachung wiedergibt. Auch aus dem Grund, daß § 991 Abs. 2 zur Bestimmung der Haftung des Unterbesitzers auf die Haftung des redlichen Besitzers nach § 989 verweist, kann unmittelbares Verschulden des haftenden Unterbesitzers nicht erforderlich werden. Zum einen haftet der verantwortliche Prozeßbesitzer nach § 989 auch für Zufall, "Verschulden" in § 989 hat nur für die Begründung der Verantwortlichkeit Bedeutung. Zum andern kann die Haftung des Unterbesitzers nach § 991 Abs. 2 auf Grund der Verweisung auf § 989 von den allein auf den verklagten Besitzer zugeschnittenen Haftungsvoraussetzungen nicht abhängen, weil diese Vorschrift einen zu speziellen Fall einer Verantwortlichkeit des Besitzers erfaßt. Eine mit § 989 vergleichbare Lage besteht für den Unterbesitzer nur, wenn der Oberbesitzer ihn auf Herausgabe verklagt. § 991 Abs. 2 auf diesen Fall zu beschränken, wäre abwegig und entspräche nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers. Die Verweisung in § 991 Abs. 2 auf die Haftung nach § 989 schließt eine Zufallshaftung des Unterbesitzers nicht aus; § 991 Abs. 2 verweist wie § 990 auf § 989, weil diese am Anfang der Bestimmungen über den Schadensersatz des unrechtmäßigen Besitzers stehende Vorschrift den Umfang der durch die Schadensersatzbestimmungen geschützten Rechte des Eigentümers angibt¹³⁾.

b. Begründen kann § 991 Abs. 2 eine Zufallshaftung des redlichen Unterbesitzers gegenüber dem Eigentümer, die über die allgemeine Regelung des Eigentümer-Besitzer-Rechts hinauszugehen scheint, nur, wenn diese Haftung dem erheblichen Willen des Gesetzgebers entspricht.

a1. Er wollte durch § 991 Abs. 2 Vorteile ausschließen, die der Unterbesitzer dadurch haben könnte, daß er glaubte, für sein Handeln einem Oberbe-

12) so auch Kunze S. 111;

13) so Protokolle S. 338 = Mugdan S. 673;

sitzer haften zu müssen, daß der von ihm zu ersetzende Schaden jedoch nicht bei dem im Regelfall unrechtmäßigen Oberbesitzer, sondern dem Eigentümer entstünde, dem der Unterbesitzer aber wegen seiner Redlichkeit nicht zur Haftung verpflichtet wäre ¹⁴⁾. Diese die Verschuldenshaftung für Exzeßhandlungen betreffende Überlegung erfaßt die Zufallshaftung insoweit nicht, als diese nicht unmittelbar durch ein schuldhaft rechtswidriges Verhalten verursacht wird, das von dem Glauben, einem Dritten für Pflichtverletzungen eintreten zu müssen, beeinflußt sein kann. Für die Zufalls-Haftung kann ein solcher Glaube nur wegen des Unterlassens von Vorsichtsmaßnahmen Bedeutung erlangen.

b1. Diese Überlegung des Gesetzgebers erschöpft jedoch die Bedeutung des § 991 Abs. 2 nicht. Die Regelung in § 991 Abs. 2 für die Exzeßhaftung ist vielmehr - mag das auch bei den Beratungen des Gesetzgebers nicht so eindeutig zum Ausdruck gekommen sein - nur eine Folgerung aus einem Grundprinzip in § 991 Abs. 2 über die Verteilung der Schadenstragung auf Eigentümer und unberechtigten, aber redlichen Unterbesitzer, das auch für die Regelung der Zufallshaftung gilt. Nach diesem Grundsatz soll der Unterbesitzer für einen Schaden auch dem Eigentümer soweit verantwortlich sein, als er im Einzelfall dem Oberbesitzer verantwortlich ist; die Verantwortlichkeit dem Oberbesitzer gegenüber erfaßt aber sowohl schuldhaft in adaequater Weise verursachte, als auch lediglich unverschuldete - is eines nicht unmittelbaren Verschuldens - verursachte, zufällig eintretende Schäden, bei denen schuldhaft nur die *conditio sine qua non* gesetzt ist. Demnach hat der Unterbesitzer nach § 991 Abs. 2 dem Eigentümer auch für Zufall zu haften, wenn diese Verpflichtung seinem Oberbesitzer gegenüber besteht ¹⁵⁾.

c. Diese Regelung der Haftung nach § 991 Abs. 2 gewährleistet eine interessengerechte Verteilung der eintretenden Schäden. Der Unterbesitzer erbringt die Leistungen, zu denen er sich verpflichtet hat ¹⁶⁾; unvorhergesehene Verpflichtungen

14) Westermann § 32 V 3; und von ihrem anderen Standpunkt aus; Eichler S. 205; Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 a, 3 d; Staudinger-Berg § 991 Rdnr. 3; so Bolze S. 107; vgl. auch v. Tuhr in KrVJSchr. Bd. 43 S. 588; vgl. Protokolle S. 347 = Mugdan S. 678;

15) so; Türcke-Niedenführ-Winter § 991 Anm. 3; Soergel-Siebert-Mühl § 991 Rdnr. 3; Erman-Peters § 991 Anm. 2; nur für vereinbarte Zufallshaftung: Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 b; nur für Zufallshaftung aus Verzug: Westermann § 32 V 3; so wohl auch Landsberg § 181 III 3, wenn er sagt, die Haftungsansprüche des mittelbaren Besitzers gingen auf den Eigentümer von Gesetzes wegen über;

16) er haftet, weil er sich einem Dritten verantwortlich fühlt, sagt Fikentscher § 103 I 4 b;

tungen treffen ihn nicht. Aus der ihm als redlichem Besitzer unbekannten Unrechtmäßigkeit seines Besitzes zieht er ebensowenig Vorteile ¹⁷⁾ wie aus dem Umstand, daß nicht sein Vertragspartner der Geschädigte und Anspruchsberechtigte ist ¹⁸⁾. Er erfüllt seine Verpflichtung, wie er auch den Genuß der fremden Sache hatte ¹⁹⁾. Daß der Oberbesitzer ihm nicht den rechtmäßigen Besitz verschafft hat, berührt seine Verpflichtung idR nicht, insbesondere, wenn das Besitzmittlungsverhältnis jederzeit kündbar oder die Sache bereits durch Zufall untergegangen ist, bevor er von - der Möglichkeit - seiner Nichtberechtigung durch den Eigentümer Kenntnis erhalten hat. Nur soweit wegen dieses Rechtsmangels seine Verpflichtung dem Oberbesitzer gegenüber gemindert wird, wirkt sich das zu Ungunsten des Eigentümers aus ²⁰⁾.

d. Die Redlichkeit des Unterbesitzers hinsichtlich seiner Nichtberechtigung steht seiner Zufallshaftung nicht entgegen. Redlichkeit schließt Zufallshaftung nicht aus, die allein von der Verantwortlichkeit abhängt. Eine Verantwortlichkeit des redlichen Unterbesitzers gegenüber dem Eigentümer begründet - unabhängig von § 989 - § 991 Abs. 2 für die Fälle, in denen der Unterbesitzer dem Oberbesitzer verantwortlich geworden ist auf Grund eines wirksamen Besitzmittlungsverhältnisses oder einer Notordnung als Ersatz eines wirksamen Kausalverhältnisses, wie sie die Bereicherungsvorschriften oder die Bestimmungen über die Prozeßhaftung gemäß § 292 bei der Rechtshängigkeit einer Herausgabeklage des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer enthalten.

e. Eine Benachteiligung des Unterbesitzers bedeutet sein Entstehenmüssen für Zufall nicht. § 991 Abs. 2 verschärft seine Haftung nicht ²¹⁾, sondern verschiebt nur die Berechtigung aus der zugunsten des Oberbesitzers bestehenden Verpflichtung auf den Eigentümer als weiteren Berechtigten und verhindert, daß

17) Bolze S. 107;

18) so, jedoch nur für die Verschuldenshaftung in § 991 II; Endemann II § 92 1 c; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 12; Neumann § 991 Anm. 3;

19) eine Überlegung Bolzes S. 126, unbillig sei, daß bei einer Partei das commodum, der Genuß der Sache, bei der anderen aber das periculum sei;

20) insoweit wird der Schutz des gutgläubigen, insbesondere auch entgeltlichen, Erwerbers der fremden Sache gegen die Inanspruchnahme durch den Eigentümer, der nicht Vertragspartner ist, erreicht, dessen dieser bedarf, wie Caemmerer aaO S. 147, 154 fordert;

21) Heck § 69 1 a spricht von einer "bloß formalen Belastung des Unterbesitzers"; aA Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 d, der sagt, § 991 erweitere die Haftung des an sich nicht haftenden Besitzers, was jedoch unrichtig ist;

der Unterbesitzer infolge seiner Redlichkeit aus einer übernommenen Haftungsverpflichtung grundlos entlassen wird ²²⁾. Sein Irrtum über die Person des wahren Berechtigten kann ihm weder nutzen noch schaden; er wird als unbeachtlich behandelt, und dem Eigentümer damit eine - möglicherweise erfolglose ²³⁾ - Inanspruchnahme des Oberbesitzers auf Abtretung seiner Ansprüche gegen den Unterbesitzer erspart ²⁴⁾.

f. Letztlich entspricht die Erstreckung des § 991 Abs. 2 auf Zufallshaftung auch dem Wortlaut der Vorschrift ²⁵⁾, da diese den Unterbesitzer zur Haftung verpflichtet, wenn er dem Oberbesitzer "verantwortlich" ist, womit bei der als richtig befundenen Definition des Begriffes "verantwortlich" auch die Zufallshaftung erfaßt ist.

g. Somit ist für § 991 Abs. 2 festzustellen, daß der Schaden, den der Unterbesitzer dem Eigentümer ersetzen muß, jede, auch durch ein zufälliges Ereignis eintretende, Beeinträchtigung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers ist, soweit der Unterbesitzer für sie verantwortlich ist ²⁶⁾.

III. a. Wegen des Grundprinzips, den Eigentümer in den Genuß dessen kommen zu lassen, was der Unterbesitzer dem Oberbesitzer zu leisten sich verpflichtet hat ²⁷⁾, bleibt es ohne Einfluß auf die Ersatzpflicht des Unterbesitzers, ob die Verpflichtung zur Zufallshaftung auf Gesetz oder Vereinbarung beruht ²⁸⁾. § 991 Abs. 2 begründet die Verpflichtung des Unterbesitzers gegenüber dem Eigentümer ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund der Verpflichtung des Unterbesitzers gegenüber dem Oberbesitzer als selbständige Verpflichtung. Entscheidend ist nicht, warum, sondern daß der Unterbesitzer verantwortlich und zur Haftung verpflichtet ist. Eine scharfe Trennung zwischen vereinbarter und gesetz-

22) Erman-Peters § 991 Anm. 2;

23) wie Bolze S. 107 nachweist;

24) vgl. Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3, vielfach hat der Oberbesitzer - mangels Schadens - keinen Anspruch;

25) Westermann § 32 V 2;

26) so die in Anm. 15 Genannten;

27) was ihm also zusteht, wenn das Verhältnis Oberbesitzer zu Unterbesitzer den Haftungsrahmen auch dem Eigentümer gegenüber bestimmt, so Soergel-Siebert-Mühl § 991 Rdnr. 3;

28) aA: Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 b, der § 991 II nur für vereinbarte Zufallshaftung anwendet; wie hier noch Erman-Peters § 991 Anm. 2;

licher Haftung ist ohnehin vielfach nicht möglich. Die gesetzliche Unfallhaftung in § 701 ist mittelbare Folge des Abschlusses eines Beherbergungsvertrages, die gesetzliche Verzugshaftung in den meisten Fällen eine solche der Verzögerung einer vertraglichen Leistung.

b. Wegen desselben Grundprinzips kann die Verpflichtung des Unterbesitzers zur Ersatzleistung für Zufallsschäden nicht davon abhängig sein, daß neben dem Eigentümer auch der Oberbesitzer durch das zufällige Ereignis einen Schaden erleidet²⁹⁾. Ist der Oberbesitzer redlich, und stellt seine Weitergabe der fremden Sache an den Unterbesitzer keine verschuldete Beeinträchtigung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers dar, so wird er durch Verlust oder Beschädigung der Sache bei dem Unterbesitzer nicht geschädigt. Einerseits müßte er die Sache dem Eigentümer herausgeben, ohne sie noch weiter nutzen zu können, andererseits aber wäre für ihn als redlichen Besitzer mit der Herausgabe die Opfergrenze erreicht; auf Schadensersatz haftete er dem Eigentümer nicht, solange er ihm nicht verantwortlich wäre. Wäre die Ersatzpflicht des Unterbesitzers gegenüber dem Eigentümer von einem Schaden des Oberbesitzers abhängig, so haftete er nur, wenn auch der Oberbesitzer ersatzpflichtig wäre, weil etwa die Weitergabe der Sache bereits eine Exzeßhandlung darstellte. § 991 Abs. 2 bewirkte dann lediglich, daß neben den Oberbesitzer auch der - redliche - Unterbesitzer als Haftender träte³⁰⁾. Die Durchbrechung der allgemeinen Regeln des Eigentümer-Besitzer-Rechts wäre jedoch, trotz der aufgezeigten Gefahr einer Erfolgslosigkeit der Abtretung der Ersatzansprüche des Oberbesitzers, nicht gerechtfertigt, um lediglich dem Eigentümer für einen ihm ohnehin zu ersetzenden Schaden einen weiteren Schuldner zu verschaffen.

§ 991 Abs. 2 begründet zugunsten des Eigentümers die Verantwortlichkeit eines Haftenden für einen, den Eigentümer treffenden, ihm aber nach den allgemeinen Regeln des Eigentümer-Besitzer-Rechts nicht zu ersetzenden Schaden³¹⁾. Die abstrakte Verantwortlichkeit des Unterbesitzers gegenüber dem Oberbesitzer, die auf Grund ihrer gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsbeziehungen besteht, wird durch eine Beeinträchtigung des Rechts des Oberbesitzers zu einer konkreten, im gegebenen Fall die Haftung auslösenden Verantwortlichkeit. Diese Unter-

29) so, wenn auch nur bezüglich der Verschuldenshaftung: Endemann II § 92 1 c; Biermann § 991 Anm. 2 c; Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 d; RGRK-Johannsen § 991 Anm. 8; vgl. auch Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 991 Rdnr. 4; Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3; Kunze S. 111;

30) darauf weist Kunze S. 111 hin;

31) wenn andernfalls der Eigentümer schutzlos wäre, Kunze S. 112, 113;

scheidung zwischen abstrakter und konkreter Verantwortlichkeit ist im Fall des § 991 Abs. 2 notwendig. In dem Fall einfachen Fremdbesitzes ³²⁾ löst die konkrete Verantwortlichkeit unmittelbar auch die Haftung zugunsten dessen aus, dem gegenüber die Verantwortlichkeit besteht, also dem Eigentümer in den Fällen des § 989 und § 990; mit der Existenz zweier Berechtigter in § 991 Abs. 2 wird die Möglichkeit eröffnet, daß der abstrakt Verantwortliche zwar einem Berechtigten - dem Oberbesitzer - konkret verantwortlich, dennoch aber nicht haftungsverpflichtet wird; dem Eigentümer gegenüber deckt sich zwar konkrete Verantwortlichkeit und Haftungsbegründung in § 991 Abs. 2, auf ihn kann jedoch nicht abgestellt werden, da die konkrete Verantwortlichkeit durch ein Verhalten dem Oberbesitzer gegenüber ausgelöst wird, dessen Rechte demzufolge beeinträchtigt werden. Sein Anspruch auf Herausgabe der Sache muß durch rechtswidrig pflichtverletzendes Handeln oder durch das zufällig eintretende Ereignis beeinträchtigt werden ³³⁾. Einen wirtschaftlichen Schaden braucht der Oberbesitzer - etwa mangels Regreßpflicht - nicht zu erleiden. Geschädigt - nicht nur in seinem Recht auf Herausgabe der Sache beeinträchtigt - werden muß der Eigentümer als wahrer Berechtigter, damit die konkrete Verantwortlichkeit des Unterbesitzers ihm gegenüber zur Haftung führt, die Rechtsbeeinträchtigung haftungserheblich wird. Dasselbe schädigende Ereignis, das den Anspruch des Oberbesitzers beeinträchtigt und den Unterbesitzer in konkreter Weise verantwortlich werden läßt, muß bei dem Eigentümer eine Beeinträchtigung seines Herausgabeanspruchs gegenüber dem Unterbesitzer und einen wirtschaftlichen Schaden verursachen; ihn hat der Unterbesitzer zu ersetzen.

Eine Freistellung von dieser Haftung, weil der Oberbesitzer nicht geschädigt wäre, widerspräche der Vorstellung des Unterbesitzers von der Rechtslage, und müßte ihm unverständlich bleiben. Der Unterbesitzer ist redlich und glaubt, der eintretende Schaden treffe den Oberbesitzer. Diesem will er haften. Daß der unrechtmäßige Oberbesitzer wegen seiner Redlichkeit dem wahren Berechtigten möglicherweise nicht zu haften hat, bleibt für den Unterbesitzer außerhalb seiner Überlegungen, da er als Redlicher den Oberbesitzer für den Berechtigten und Geschädigten halten muß, der allenfalls auf Grund eines, nach seinen Vorstellungen notwendigerweise wirksamen, Besitzmittlungsverhältnisses dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich ist.

32) oben § 9;

33) Kunze S. 111 sagt, Verantwortlichkeit in § 991 II bedeute nur, daß der Schaden auf einem gegenüber dem Oberbesitzer schuldhaften Verhalten beruhen müsse;

IV. Die Verpflichtung des Unterbesitzers zur Zufallshaftung gegenüber dem Oberbesitzer, die nach § 991 Abs. 2 zugunsten des Eigentümers wirkt, kann in einer Vereinbarung ³⁴⁾ wie in einer gesetzlichen Vorschrift ³⁵⁾, insbesondere im Verzug des Unterbesitzers ³⁶⁾, ihren Rechtsgrund haben.

a. Haben Ober- und Unterbesitzer eine Zufallshaftung auch ohne Vorliegen von Verzug vereinbart, so enthält § 991 Abs. 2 die gesetzliche Anordnung, daß dieser Vertrag entsprechend § 328 Abs. 1 zugunsten des Eigentümers wirken soll ³⁷⁾. Neben dem Oberbesitzer kann der Eigentümer unmittelbar aus § 991 Abs. 2 die vertragliche Leistung fordern. Dieser Fall einer Zufallshaftung tritt aber nur ein, wenn die Vindikationslage allein auf einem Mangel des Rechtsverhältnisses zwischen Oberbesitzer und Eigentümer beruht, weil nur dann das schuldrechtliche Besitzmittlungsverhältnis zwischen Ober- und Unterbesitzer, dessen Bestandteil die Haftungsvereinbarung ist, wirksam sein kann ³⁸⁾.

b. Besteht eine vom Verzug unabhängige Zufallshaftung von Gesetzes wegen wie in § 701 Abs. 1, so wirkt diese Haftungsverpflichtung zugunsten des Eigentümers, weil kein Grund besteht, den Verpflichteten aus seiner Verpflichtung dem wahren Berechtigten gegenüber nur deshalb hinsichtlich der Zufallshaftung zu entlassen, weil diese Verpflichtung ihm vom Gesetz auferlegt ist und nicht auf freiwilliger Vereinbarung beruht. § 991 Abs. 2 führt - ebenfalls gemäß dem § 328 Abs. 1 zugrundeliegenden Gedanken - zur Wirkung gesetzlich begründeter Rechte zugunsten des Eigentümers. In gleicher Weise, wie er den redlichen Gastwirt, bei dem der unrechtmäßige Besitzer - etwa der Dieb - seine Sache eingebracht hat, für schuldhafte Beeinträchtigungen seines

34) so Soergel-Siebert-Mühl § 991 Rdnr. 3; Erman-Peters § 991 Anm. 2; nur für diesen Fall Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 b;

35) diese Möglichkeit fehlt in der Aufstellung der Zufallhaftungsmöglichkeiten bei Erman-Peters und Soergel-Siebert-Mühl aaO in Anm. 34; es ist unklar, ob damit ein bestimmtes Werturteil gefällt werden soll;

36) so Soergel-Siebert-Mühl § 991 Rdnr. 3; Erman-Peters § 991 Anm. 2; nur für diesen Fall Westermann § 32 V 3;

37) vgl. Wolff-Raiser § 85 III 5 b; die Haftung gegenüber dem Eigentümer beruht nicht auf einer *cessio legis*, auch der Oberbesitzer bleibt Anspruchsberechtigter und kann seinen Schaden geltend machen; vgl. dazu unten Anm. 40; so: Biermann § 991 Anm. 2 c; Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 d; RGRK-Johannsen § 991 Anm. 11; Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3;

38) so - für die Verschuldenshaftung - im Ergebnis auch RGRK-Johannsen § 991 Anm. 7;

Herausgabeanspruchs unmittelbar gemäß den Regeln des Fremdbesitzerexzesses und nach § 991 Abs. 2 in Anspruch nehmen kann, kann er von dem redlichen Gastwirt nach § 991 Abs. 2 iVm § 701 Abs. 1 Schadensersatz fordern, wenn sein Herausgabeanspruch ohne Verschulden des Wirts beeinträchtigt wird, wie durch einen Diebstahl der Sache.

c. Letztlich kann der Unterbesitzer zur Zufallshaftung verpflichtet sein, wenn ihn der Oberbesitzer mit seinem vertraglichen oder gesetzlichen Herausgabeanspruch in Verzug gesetzt hat, bevor der Schaden durch Zufall eingetreten ist ³⁶⁾. Wie die gesetzliche oder vereinbarte Regelung des Verhältnisses zwischen Ober- und Unterbesitzer, das eine Zufallshaftung vorsah, zugunsten des Eigentümers wirkt, muß auch der Verzug des Unterbesitzers mittelbar oder unmittelbar zugunsten des Eigentümers wirken, um für ihn Rechte aus § 287 iVm § 991 Abs. 2 zu begründen.

a1. Mit dem Inverzugsetzen durch den Oberbesitzer gerät der Unterbesitzer dem Eigentümer gegenüber nicht in Verzug; einen "Verzug zugunsten Dritter" kann § 991 Abs. 2 nicht bewirken. Ein Verzugsverhältnis mit dem Unterbesitzer muß der Eigentümer selbst begründen. Er muß die Verantwortlichkeit des Unterbesitzers ihm gegenüber herbeiführen, indem er ihn auf Herausgabe seiner Sache nach § 985 verklagt, unredlich macht oder zugunsten des Oberbesitzers entstandene Verpflichtungen gemäß § 991 Abs. 2 gegen ihn geltend macht und die Erfüllung der damit entstandenen nur ihm zustehenden schuldrechtlichen Herausgabeverpflichtung anmahnt. Auf diese Weise gerät der Unterbesitzer gegenüber dem Eigentümer in Verzug. Daneben kann ihn der Oberbesitzer mit seinem Herausgabeanspruch selbständig in Verzug setzen; dieser Verzug wirkt dann nicht unmittelbar zugunsten des Eigentümers.

b1. Befindet sich der Unterbesitzer, bevor der Eigentümer eigene Ansprüche gegen ihn geltend macht, bereits im Stadium der Zufallshaftung, weil der Oberbesitzer ihn in Verzug gesetzt hat, so ist die Frage nicht, ob dieser Verzug unmittelbar zugunsten des Eigentümers wirkt, sondern ob die Steigerung der Verpflichtung gegenüber dem Oberbesitzer infolge des Verzugs ebenso nach § 991 Abs. 2 zugunsten des Eigentümers wirkt, wie es bei der ungesteigerten Verpflichtung der Fall ist, ob also eine mittelbare Verzugswirkung zugunsten des Eigentümers anzuerkennen ist.

Die Unterscheidung zwischen der unmittelbaren Wirkung des Verzugs zugunsten des Eigentümers einerseits und andererseits der Wirkung der bloßen Anspruchssteigerung zugunsten des Eigentümers als Folge einer mittelbaren Verzugswirkung,

die dem Eigentümer keine originären Ansprüche aus Verzug gewährt, wird zwar bei der Zufallshaftung nicht erheblich, weil die zufällige Beeinträchtigung des Rechts an der Sache Oberbesitzer und Eigentümer in gleicher Weise trifft, so daß den Interessen des Eigentümers in ausreichender Weise gedient ist, wenn er die Ansprüche geltend machen kann, die auch dem Oberbesitzer zustehen, die Unterscheidung kann aber Bedeutung erlangen, wenn der Eigentümer infolge der Verzögerung einen Schaden erleidet, für den der Unterbesitzer dem Oberbesitzer - und damit auch dem Eigentümer - nicht verantwortlich ist, weil dessen Rechte dadurch nicht beeinträchtigt sind. Beispielsweise hat der Eigentümer seine Sache bis zu einer Kündigung vermietet und Weitervermietung gestattet; die Sache befindet sich bei dem unrechtmäßigen, aber redlichen Unterbesitzer, dessen Mietvertrag mit dem Oberbesitzer etwa unwirksam ist. Kündigt der Eigentümer das Mietverhältnis mit dem Oberbesitzer und fordert seine Sache von ihm zurück, gerät dieser noch nicht in Verzug - seine Herausgabeverpflichtung als rechtmäßiger oder redlicher Oberbesitzer wird erst fällig; wohl aber kann der Oberbesitzer seinen Unterbesitzer, der die Zurückgabe der Sache an ihn verzögert, in Verzug setzen. Hat nun der Eigentümer seine Sache schon weitervermietet, und muß er für die Zeit der Nichterfüllung, während der Unterbesitzer die Herausgabe verzögert, Schadensersatz leisten, so kann er diesen Schaden nicht auf den Unterbesitzer abwälzen, obwohl dieser Verzugsbesitzer des Oberbesitzers ist. Denn weder ist der Unterbesitzer dem Oberbesitzer für diesen Schaden verantwortlich, noch befindet er sich dem Eigentümer gegenüber in Verzug.

Ob § 991 Abs. 2 auch die Anspruchssteigerung durch Verzug erfaßt, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Aufschlußreich kann ein Vergleich mit den Vorschriften über die Gesamtgläubigerschaft sein, weil dort wie in dem Fall des § 991 Abs. 2 zwei Gläubiger einem Schuldner wegen Ersatzes desselben Schadens gegenüberstehen. Bei einer analogen Anwendung der §§ 429 Abs. 3 Satz 1 iVm 425 Abs. 1 und 2 machte das Recht des Eigentümers die Steigerung des Rechts des Oberbesitzers durch Verzug ihm gegenüber nicht mit. Eine solche analoge Anwendung des Rechts der Gesamtgläubiger auf § 991 Abs. 2 ist aber nicht gerechtfertigt; die Interessenlagen sind in beiden Haftungsfällen verschieden. Bei der Gesamtgläubigerschaft, wie sie in § 429 geregelt ist, stehen mehrere Gläubiger nebeneinander, die untereinander ausgleichspflichtig sind, von denen aber jeder seine eigenen Rechte wahren will. In § 991 Abs. 2 ist der Oberbesitzer zwar Gläubiger des Unterbesitzers, gleichzeitig aber ist er hinsichtlich der fremden Sache in demselben Umfang, in dem er Gläubiger ist, Schuldner des Eigentümers und ihm nicht nur zur Ausgleichung verpflichtet. In § 991 Abs. 2 besteht zwar insoweit ein gesamtschuldähnliches Verhältnis, als der Eigentümer für seinen Schaden Ober- und Unterbesitzer wahlweise in Anspruch nehmen kann, wenn sie ihm verantwortlich sind; daraus erklärt sich auch, daß entsprechend § 425 Abs. 1 und 2

der Verzug unmittelbar nur gegen den Besitzer wirkt, den der Eigentümer nach Fälligkeit gemahnt hat ³⁹⁾. Es fehlt aber in § 991 Abs. 2 eine mit einer Gesamtgläubigerschaft vergleichbare Rechtslage, wenn Eigentümer und Oberbesitzer als Gläubiger des Unterbesitzers auftreten, wie es der Fall ist, wenn der Eigentümer Vorteile für sich aus dem Verzug ableitet, den der Oberbesitzer als Gläubiger begründet hat ⁴⁰⁾. Es fehlt dann, um mit Lehmann ⁴¹⁾ zu argumentieren, zwischen Eigentümer und Oberbesitzer der Wille, einen gemeinsamen Zweck zu erreichen, weil nur der allein geschädigte Eigentümer seinen Schaden ersetzt haben möchte.

Für eine Wirkung der vom Oberbesitzer herbeigeführten Anspruchssteigerung zugunsten des Eigentümers gilt vielmehr folgende Erwägung: Wenn der Oberbesitzer die Anspruchssteigerung zugunsten Dritter bereits bei Vertragsschluß herbeiführen kann, indem er Zufallshaftung mit dem Unterbesitzer vereinbart, kann er diese Steigerung auch später herbeiführen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er diese Steigerung durch eine nachträgliche Vereinbarung oder durch Inverzugsetzen des Unterbesitzers bewirkt. Somit haftet der Unterbesitzer dem Eigentümer auch nach § 287 iVm § 991 Abs. 2 auf Zufall, soweit er dafür wegen seiner Verantwortlichkeit dem Oberbesitzer verantwortlich ist ⁴²⁾. Daraus folgt noch ein weiteres:

cl. Beruht der Verzug des Unterbesitzers auf Rechtshängigkeit gegenüber dem Oberbesitzer, so wirkt auch die damit verursachte Anspruchssteigerung zugunsten des Eigentümers, obwohl die Rechtshängigkeit selbst nur inter partes wirkt und dem Eigentümer keine Rechte aus dem Rechtsstreit vermittelt ⁴³⁾, die nicht von dem Recht des Oberbesitzers abgeleitet sind.

d1. Haben Ober- und Unterbesitzer besondere Verzugsvoraussetzungen wie gemilderte Verschuldenshaftung oder Entbehrlichkeit der Mahnung vereinbart, ist das für Ansprüche des Eigentümers aus § 991 Abs. 2 insoweit von Bedeutung, als sich der Verzugseintritt nach diesen Erfordernissen richtet ⁴⁴⁾. Für den Eigentümer ist entscheidend, ob der Oberbesitzer den Unterbesitzer nach diesen Abma-

39) vgl. Enneccerus-Lehmann § 93 II 2;

40) weil keine cessio legis eintritt, vgl. dazu oben Anm. 37;

41) Enneccerus-Lehmann § 90 II 3; vgl. auch Fikentscher § 62 III;

42) so im Ergebnis die in Anm. 36 Genannten;

43) vgl. Dernburg Sachenrecht § 119 III; Eck-Leonhard S. 173/174; Endemann II § 92 2; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 23; Biermann § 987 Anm. 2 a; Planck-Brodmann § 987 Anm. 2 c; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 987 Rdnr. 1;

44) Bolze S. 107;

chungen in Verzug gesetzt hat, so daß auch er gesteigerte Rechte hat. Eine Steigerung seines Herausgabeanspruchs kann der Eigentümer nicht nach diesen Vereinbarungen herbeiführen, da er nicht Vertragspartner ist; mit seiner Forderung kann der Eigentümer den Unterbesitzer nur nach Verantwortlichkeit durch Mahnung gemäß den allgemeinen Regeln in Verzug setzen.

d. Ist das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Ober- und Unterbesitzer unwirksam, so entfallen damit Ansprüche des Eigentümers nach § 991 Abs. 2 auf Grund etwaiger Vereinbarungen zwischen den Besitzern. Solche Vereinbarungen können lediglich subjektiv wirken wie bei dem einfachen Fremdbesitzer. Ansprüche auf Zufallshaftung können in dem Fall jedoch mit den gesetzlichen Ansprüchen begründet werden.

V. Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß § 991 Abs. 2 haftungsverschiebend ⁴⁵⁾ Ansprüche des Eigentümers auf Ersatz von Zufallsschäden begründet; der Unterbesitzer haftet dem Eigentümer in demselben Umfang, wie er zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme dem Oberbesitzer verpflichtet wäre, ohne für sich Vorteile daraus herleiten zu können, daß der Oberbesitzer möglicherweise nicht geschädigt ist.

4. Vereinbarungen zwischen Ober- und Unterbesitzer können dessen Haftung auch einschränken, was sich zu Lasten des Eigentümers auswirken kann ⁴⁶⁾.

45) diese Haftungsverschiebung, worauf hinzuweisen bleibt, läßt unmittelbar eigene Rechte des Eigentümers entstehen, die sich nur in ihrem Umfang vom Recht des Oberbesitzers ableiten; vgl. Endemann II § 92 1 c; Kunze S. 115/17; v. Tuhr in KrVJSchr Bd. 43 S. 588 sagt richtig, die Schadensersatzansprüche des Eigentümers entstünden aus dem gleichen Tatbestand wie die des Oberbesitzers;

46) so Soergel-Siebert-Mühl § 991 Rdnr. 3 und Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 b; für die Verschuldenshaftung ebenso: Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 991 Rdnr. 4; Warneyer-Bohnenberg § 987; RGRK-Johannsen § 991 Anm. 6; Palandt-Hoche § 991 Anm. 2; Wolff-Raiser § 85 III 5 b; Buhl S. 77; Bunsen aaO S. 431;

I. Haftet der Unterbesitzer dem Eigentümer wegen seiner Unverantwortlichkeit ohne Rückgriff auf § 991 Abs. 2 nicht, kommt eine anspruchs- und haftungsmindernde Wirkung des § 991 Abs. 2 nicht in Betracht; nach § 991 Abs. 2 besteht eine Verpflichtung des Unterbesitzers nur nach Maßgabe seines Verhältnisses zum Oberbesitzer mit all seinen Beschränkungen; dies Verhältnis bestimmt den Haftungsrahmen des Verhältnisses zum Eigentümer ⁴⁷⁾.

II. Haftet der Unterbesitzer dem Eigentümer auch ohne Rückgriff auf § 991 Abs. 2 für Zufall - was bei dem redlichen Besitzer nur möglich ist, wenn er vom Eigentümer auf Herausgabe der Sache verklagt ist ⁴⁸⁾ -, so bestimmt sich seine Haftung nach § 989; er steht dem Eigentümer als redlicher verklagter Besitzer gegenüber. Der Unterschied zu dem einfachen Prozeßbesitzer liegt darin, daß jener sein vermeintliches Besitzrecht unmittelbar von dem Eigentümer abzuleiten glaubt, während dieser es unmittelbar von einem mittelbaren, besitz- und überlassungsberechtigten Oberbesitzer herleiten will. Haftungsmindernde Abmachungen wie der Ausschluß der Zufallhaftung oder der Haftung für Fahrlässigkeit können sich bei beiden Prozeßbesitzern nur subjektiv auswirken, weil auch die vom Unterbesitzer mit dem Oberbesitzer geschlossene wirksame Vereinbarung nicht gegenüber dem berechtigten Eigentümer wirkt ⁴⁹⁾. Für seine subjektive Auffassung aber ist es gleichgültig, woher der Fremdbesitzer seine vermeintliche Rechte herzuleiten glaubt, wenn seine Auffassung über den Umfang seiner Berechtigung nur auf Grund seiner Redlichkeit von der Rechtsordnung als entschuldbar angesehen wird ⁵⁰⁾.

47) Eichler S. 205; Türcke-Niedenführ-Winter § 991 Anm. 3; Biermann § 991 Anm. 2; Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 c; Schlegelberger-Vogels-Sprekelsen § 991 Rdnr. 5; Staudinger-Berg § 991 Rdnr. 3; Westermann § 32 V 3 und Baur § 11 C II 1 sagen, daß sich Haftungsbeschränkungen zu Lasten des Eigentümers auswirken, ohne näher darzulegen, auf welche Weise das geschieht; vgl. auch die in Anm. 46 Genannten;

48) hinsichtlich Verschuldenshaftung ist das auch bei Exzeß der Fall, vgl. Staudinger-Berg § 991 Rdnr. 3; RGRK-Johannsen § 991 Anm. 6; Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 c; Bolze S. 107;

49) aa, er hafte nach dem Maßstab des Besitzmittlungsverhältnisses, RGRK-Johannsen § 991 Anm. 10;

50) so Bolze S. 107 und Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 174, wenn er sagt: "Es kann keinen Unterschied machen, ob der Besitzer eine Handlung vornimmt, die innerhalb des Rahmens des Rechtes liegt, das er sich selbst zuschreibt, oder ob er dieselbe Handlung mit Erlaubnis eines anderen vornimmt, und die Handlung innerhalb des Rechtes liegt, das er dem anderen

Glaubt der Unterbesitzer, auf Grund wirksamen Rechtsverhältnisses zu dem Oberbesitzer mit der fremden Sache leichtsinnig wie mit einer eigenen verfahren zu dürfen oder für zufällige Schäden keine Vorsorge treffen zu müssen, so wirkt dieser Glaube auch gegen den Eigentümer, weil ihm gegenüber nicht rechtswidrig sein kann, was dem Oberbesitzer gegenüber - wenn auch nur nach Überzeugung des haftenden Unterbesitzers - rechtmäßig ist ⁵¹⁾. Es ist allein eine Frage des Vertrauensschutzes, ob der Unterbesitzer zu Recht seiner Auffassung sein durfte, die in Anspruch genommenen Rechte zu besitzen; und da der Unterbesitzer nach § 991 Abs. 2 redlich ist, ihm also aus dem Nichtwissen um den Mangel der bestehenden Besitzmittlungsverhältnisse kein Vorwurf gemacht wird, ist auch sein Irrtum über seine vermeintlichen Rechte, die den Rahmen seiner Berechtigung bestimmen sollen, erheblich und entschuldbar. Hat der Oberbesitzer den Irrtum des Unterbesitzers verschuldet, weil er beispielsweise ohne Berechtigung eine Haftungsvereinbarung mit dem Unterbesitzer geschlossen hat, so hat er seine - vermeintliche - Berechtigung überschritten und haftet - auch als redlicher Besitzer - aus Exzeß.

Auf diese Weise können haftungsmindernde Vereinbarungen zugunsten des Unterbesitzers subjektiv erheblich werden und zu Lasten des Eigentümers haftungsmindernd wirken ⁵²⁾. Die Haftungsinderung folgt jedoch nicht aus § 991 Abs. 2; die Vorschrift betrifft nur den Fall, daß der Eigentümer unmittelbar Rechte des Oberbesitzers, die dieser begründet hat, und die § 991 Abs. 2 als eigene Rechte auch dem Eigentümer zuspricht, geltend macht. Die Haftungsinderung ist vielmehr eine Folge davon, daß die Ansprüche des Eigentümers gegen den redlichen und damit in seinem Vertrauen geschützten Fremdbesitzer durch den Schutz beschränkt sind, den die Redlichkeit vermittelt ⁵³⁾.

Fortsetzung der Fußnote 50)

zuschreibt." Das Gleiche gilt, wenn der Eigentümer den Unterbesitzer, der Verwahrer des Oberbesitzers ist, in Anspruch nimmt; aA Crome III § 417 Anm. 24, der den Unterbesitzer dann direkt nach § 690 haften lassen will, ebenso Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 12;

- 51) so Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 991 Rdnr. 5; aA; wohl Siber in Rechtszwang S. 137;
- 52) so - für Verschuldenshaftung - RGRK-Johannsen § 991 Anm. 10; vgl. auch Erman-Hefermehl § 991 Anm. 3 b;
- 53) so - für Verschuldenshaftung - Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 991 Rdnr. 5;

III. Somit wirkt § 991 Abs. 2 zwar haftungsverschiebend zugunsten des Eigentümers, kann jedoch die Haftung des Unterbesitzers weder verschärfen noch mindern ⁵⁴⁾.

5. I. Es bleibt noch ein Problemkreis zu untersuchen, in den die beiden folgenden Fälle einführen:

(a) Ein redlicher Unterbesitzer vereinbart wirksam mit dem nichtberechtigten Oberbesitzer Zufallshaftung und wird unredlich, bzw. ein redlicher Gastwirt nimmt die Sache von dem nichtberechtigten Gast und erfährt von dessen Nichtberechtigung;

(b) ein bei Erwerb grobfahrlässiger putativrechtlicher Unterbesitzer vereinbart mit dem nichtberechtigten Oberbesitzer Zufallshaftung, bzw. ein solcher Gastwirt nimmt die fremde Sache des Gastes an sich.

Wenn die Sache untergeht oder beschädigt wird - durch Zufall - bevor der Eigentümer den Unterbesitzer in Verzug gesetzt oder verklagt hat, so haftet der redliche Unterbesitzer nach den allgemeinen Regeln der §§ 989, 990 nicht für den Zufallsschaden. Hier stellt sich die Frage nach einer - weitausgelegten oder analogen - Anwendung der Vorschrift des § 991 Abs. 2.

Im ersten Fall befindet sich der Unterbesitzer während seiner Redlichkeit zu Beginn seines Besitzes im Stadium der Zufallshaftung gegenüber dem Eigentümer nach § 991 Abs. 2. Bei wörtlicher Auslegung der Vorschrift bleibt er in diesem Zustand, denn § 991 Abs. 2 stellt nicht auf die Fortdauer der Redlichkeit, sondern lediglich auf die Redlichkeit bei Besitzerwerb ab, wenn er bestimmt, "war der Besitzer bei Erwerb des Besitzes in gutem Glauben". Danach haftet der Unterbesitzer dem Eigentümer gemäß §§ 991 Abs. 2 iVm 241, 305 für den Zufallsschaden.

Im zweiten Fall ist auf diese Weise eine Haftung des Unterbesitzers nicht zu begründen, weil er schon bei Besitzerwerb unredlich war. Nach §§ 989, 990 haftete er dem Eigentümer vor Rechtshängigkeit oder Mahnung wegen seiner Unredlichkeit nicht für Zufall, obwohl der in derselben Lage sich befindende redliche Besitzer über § 991 Abs. 2 haftungsverpflichtet wäre. Hier liegt scheinbar im Gesetz eine Spannung zwischen der Haftung des redlichen und unredlichen Besitzers, die nicht durch sachliche Verschiedenheit gerechtfertigt ist ⁵⁵⁾.

54) im Ergebnis offensichtlich zustimmend Heck § 69 1; aA:wohl Planck-Brodmann § 991 Anm. 3 d;

55) aus diesem Grund zieht Kunze S. 112 den Schluß, § 991 II könne sich nicht auf Zufallshaftung erstrecken, da sonst der redliche Besitzer schärfer hafte als der unredliche; ihm folgt Biermann § 991 Anm. 2 b;

II. Einfach lösen sich solche Fälle, wenn der Schaden durch schuldhaftes Handeln verursacht ist ⁵⁵⁾. Der Unredliche haftet nach § 990 Abs. 1, allenfalls geschützt in seinem Vertrauen auf Absprachen mit dem Oberbesitzer, wenn er putativrechtlich ist; der Redliche haftet wegen Exzesses über § 991 Abs. 2 oder unmittelbar aus § 823 bzw. analog aus §§ 989, 990. Diese einfache Lösungsmöglichkeit fehlt bei zufälligen Schädigungen ⁵⁶⁾. Hier zeigt jedoch eine genaue und sinngemäße Auslegung des § 991 Abs. 2, daß auch die Frage dieser Haftung im Gesetz beantwortet ist, und eine Spannung in der Haftung der verschiedenen Besitzer nicht besteht, obwohl der Gesetzgeber bei der Fassung des § 991 Abs. 2 die Verschuldenshaftung im Auge hatte, die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Zufallshaftung aber übersah ⁵⁷⁾.

Ist Zufallshaftung wirksam zwischen den Besitzern vereinbart, so haftet der Unterbesitzer dem Oberbesitzer aus dieser Vereinbarung für zufällig eintretende Schäden. Der so entstehende Schadensersatzanspruch soll nach dem Sinn des § 991 Abs. 2 demjenigen zustehen, der den wirtschaftlichen Schaden hat, also dem Eigentümer. Zu dem Zweck bewirkt § 991 Abs. 2 im Wege der Haftungsverschiebung die Anspruchs begründung für den Eigentümer. Diese Wirkung würde in einigen Haftungsfällen verhindert, wenn auch die Worte "war der Besitzer bei Erwerb des Besitzes in gutem Glauben" in § 991 zum anspruchsbegründenden Teil des Tatbestandes gehörten; das ist nicht der Fall. In § 991 Abs. 2 kommt es dem Gesetz nicht darauf an, eine Vorschrift allein für die Haftung des redlichen Besitzers zu schaffen, sondern es will anordnen, daß der besitzmittelnde Unterbesitzer, sogar wenn er redlich ist, dem Eigentümer mindestens so haften solle, wie er dem Oberbesitzer verpflichtet ist. Aus dem Grund ist die Redlichkeit im Gesetz besonders hervorgehoben, und erklärt sich sowohl die ungenaue Formulierung in § 991 Abs. 2, die die Rechtslage bei mala fides superveniens nicht klarstellt, wie die Nichtberücksichtigung des unredlichen Besitzers in § 991 Abs. 2.

Für den unredlichen Besitzer ist eine Haftung, wie sie den redlichen trifft, selbstverständlich - wenn auch vielfach ein wirksames, weitergehende Ansprüche vermittelndes, Besitzmittlungsverhältnis zwischen ihm und dem Oberbesitzer nicht besteht. Daher genügt im Gesetz die Formulierung "war der Besitzer bei Besitz-erwerb in gutem Glauben"; damit ist der redliche Besitzer erfaßt, auf dessen Haftung es in § 991 Abs. 2 entscheidend ankommt. Daß § 991 Abs. 2 durch diese

56) Crome III § 417 Anm. 35 lehnt daher eine analoge Anwendung des § 991 II auf den unredlichen Besitzer ab, von seinem Standpunkt aus zu Recht, da er § 991 II nicht auf Zufallshaftung erstreckt; ebenso Biermann und Kunze aaO Anm. 55;

57) vgl. v. Tuhr in KrVJSchr. Bd. 43 S. 588/89; Protokolle S. 347 = Mugdan 678;

Hervorhebung ausdrücklich auch den unredlich werdenden Besitzer im Gegensatz zu dem ursprünglich unredlichen, wenn auch putativrechtlichen, Besitzer in die Haftung einbezieht, ist unerheblich, wenn der unredliche Besitzer ohnehin auch nach § 991 Abs. 2 haften kann ⁵⁸⁾).

Somit hat der Satz "war der Besitzer ... in gutem Glauben" keine anspruchsbegründende, sondern nur klarstellende Bedeutung; die Redlichkeit des unrechtmäßigen Besitzers muß insbesondere im Prozeß nicht behauptet noch nachgewiesen werden, was die notwendige Konsequenz einer Beschränkung der Vorschrift auf den redlichen Besitzer wäre ⁵⁹⁾. § 991 Abs. 2 betrifft wie jeden Unterbesitzer auch den unredlichen; um ihn in Anspruch nehmen zu können, braucht der Eigentümer aber nicht auf § 991 Abs. 2 zurückzugreifen, wenn schon nach §§ 989, 990 eine Haftungsverpflichtung besteht ⁵⁸⁾).

III. In direkter, nicht nur analoger Anwendung erfaßt damit § 991 Abs. 2 auch den unredlichen Besitzer ⁶⁰⁾. Bedeutung hat dieser Anwendungsbereich der Vorschrift aber nur, wenn der unredliche Unterbesitzer dem Oberbesitzer zur Zufallshaftung verpflichtet ist, ohne daß diese Verpflichtung bereits für den Herausgabeanspruch des Eigentümers nach den §§ 989, 990 besteht. Diese Zufallshaftung kann dann sowohl auf Vereinbarung wie auf Gesetz oder Verzug beruhen.

58) in dieser Weise ist RGRK-Johannsen § 991 Anm. 10 aufzufassen, wenn er sagt, die Haftung trete trotz guten Glaubens ein;

59) so auch RGRK-Johannsen § 991 Anm. 10;

60) nicht in Betracht kommt eine Anwendung des § 991 II auf rechtmäßige Besitzer, wie sie RGRK-Johannsen § 991 Anm. 12 annimmt; deren Haftung bestimmt das Kausalverhältnis;

3. TEIL

ZUFALLSHAFTUNG DES UNRECHTMÄSSIGEN BESITZERS AUS DELIKT

Abschließend soll die Zufallshaftung des unrechtmäßigen Besitzers aus unerlaubter Handlung untersucht werden. Nach § 848 haftet auch für Zufall, wer eine Sache zurückzugeben hat, die er einem anderen durch unerlaubte Handlung entzogen hat.

1. Vorab bleibt zu klären, wieweit § 848 im Eigentümer-Besitzer-Recht die Anspruchsgrundlage für den Eigentümer gegen den nichtberechtigten Besitzer bilden kann, ungeachtet der Konkurrenzfrage, ob und in welchem Umfang die Vorschrift im Eigentümer-Besitzer-Recht anwendbar ist.

I. Voraussetzung zur Haftung aus Delikt für Zufall ist das Bestehen einer Verpflichtung zur Rückgabe einer fremden Sache, weil der Deliktsbesitzer kein Recht zum Besitz an ihr hat; auf derselben Voraussetzung beruht das gesamte Eigentümer-Besitzer-Recht; § 848 ist in ihrem Wesen die typische Vorschrift eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Eine Haftung nach § 848 bei einem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis erfordert allerdings, daß der unerlaubt Handelnde die Sache dem Berechtigten nicht nur entzogen, sondern sie sich selbst verschafft hat und im Zeitpunkt des zufällig schädigenden Ereignisses ihr Besitzer gewesen ist.

II. Der Besitz der zurückzugebenden Sache muß gemäß § 848 auf einer unerlaubten Handlung beruhen, so daß bereits der Besitzbegründungsakt mit einem Makel behaftet ist, ähnlich dem unredlichen Besitz nach § 990 Abs. 1 Satz 1. Einfaches Überschreiten der Besitzberechtigung kann ebensowenig Zufallshaftung nach § 848 begründen wie Ablaufen dieser Berechtigung bei dem Nichtmehr-Berechtigten; ersteres führt nicht zur Unrechtmäßigkeit des Besitzes und damit nicht unmittelbar zu einer Rückgabeverpflichtung, letzteres nicht zu einer makelbehafteten Unrechtmäßigkeit des Besitzes.

III. In dem Exzeßfall, daß der rechtmäßige oder unrechtmäßige, aber nicht deliktische Fremdbesitzer seinen Besitz zu Unrecht in Eigenbesitz umwandelt, begründet dieser Besitzer für sich neuen - Eigen- - Besitz ¹⁾. Solche Eigen-

1) vgl. oben § 2 4 IV der Arbeit;

besitzbegründung wird für die Unfallhaftung aus Delikt rechtserheblich, wenn sie durch Entzug der Sache im Sinn von § 848 erfolgt, was voraussetzt, daß "Entziehen" nach § 848 ²⁾ nicht nur das tatsächliche Ansichbringen der unmittelbaren, sei es auch beschränkten, - natürlichen - Sachherrschaft ³⁾, sondern ebenfalls das bloße Abschütteln etwaiger an der Sache noch bestehender Rechte des mittelbaren Besitzers bedeutet ⁴⁾; bzw., daß nicht nur der Nichtbesitzer die Sache dem unmittelbaren Besitzer, sondern auch der unmittelbare Besitzer sie dem nur mittelbar Besitzenden "entziehen" kann.

a. Der Wortlaut des § 848 legt die enge Auslegung nahe, als "Entziehen der Sache" nur das Ausschließen der unmittelbaren Sachherrschaft zu werten. Eine solche Auslegung wird jedoch der Besitzrechtsordnung nicht gerecht, weil unberücksichtigt bleibt, daß nicht die Sache allein entzogen wird, sondern immer auch Rechte an ihr usurpiert werden. Diese Besitzrechte sind verschieden ausgestaltet, je nachdem ob der Besitz mehrstufig, ob er als Eigen- oder Fremdbesitz ausgeübt wird. Ein solcherart differenziertes Besitzrecht wird dem Eigentümer mit der Sache entzogen und bildet mit dieser den Gegenstand der Rückgewährverpflichtung. Mit der Rückgabe der Sache ist der zu Unrecht entzogene Besitzrechtsstand wieder einzuräumen, und sei es durch bloße Wiederanerkennung des mittelbaren Eigenbesitzes des Eigentümers, wenn der Besitzer ein Recht auf unmittelbaren Fremdbesitz hat.

b. Daß dieser Rechtsentzug in § 848 eine Unfallhaftung rechtfertigt, zeigt der nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln ausgerichtete Hintergrund der Vorschrift, aus dem sich die angeordnete Unfallhaftung erklärt. § 848 führt zur verschärften Haftung entsprechend der Haftung des Verzugschuldners nach § 287. Der Vergleich mit der Verzughaftung ist für die Unfallhaftung aus dem Recht der unerlaubten Handlung aufschlußreich ⁵⁾. Voraussetzung des Verzugs ist eine fällige schuldrechtliche Leistungsverpflichtung, die angemahnt ist, soweit eine Mahnung nicht entbehrlich ist. Eine fällige schuldrechtliche Verpflichtung enthält § 848 iVm § 823 in der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache in dem Zustand, in dem sie sich bei Entzug befand. Eine mahnungsähnliche Handlung ist in § 848 entbehrlich wegen des Wissens oder schuldhaften Nichtwissens

2) und nach § 992, denn auch die Besitzverschaffung nach § 992 setzt einen Besitzentzug - durch strafbare Handlung oder verbotene Eigenmacht - voraus;

3) so - wenn auch für § 992 - die in Anm. 32 Genannten;

4) so - wenn auch für § 992 - die in Anm. 31 Genannten;

5) so Enneccerus-Lehmann § 248 II 1; vgl. Fikentscher § 113 III 1;

des Besitzers um die sofortige Fälligkeit der Herausgabeverpflichtung infolge der schuldhaften rechtswidrigen Besitzverschaffung und der Unzumutbarkeit für den Eigentümer, einen deliktischen Besitzer mahnen zu müssen ⁶⁾, um seine schuldhaft rechtswidrig beeinträchtigten Rechte ungeschmälert zu erhalten. Wie im gemeinen und preußischen Recht gilt der Satz "fur semper in mora ..." ⁷⁾; schuldhaft rechtswidrige Verursachung einer Vindikationslage führt zur mora ex re ⁸⁾.

c. Zur Verzugshaftung steigerungsfähige Rückgabeverpflichtung und mora ex re bilden die Voraussetzungen der Zufallshaftung, ohne daß es darauf ankommt, ob der Berechtigte nur mittelbaren oder auch unmittelbaren Besitz verloren, ob der Besitzer sich durch die unerlaubte Handlung erst den unmittelbaren Besitz verschafft, oder ob er bestehenden Fremdbesitz zu Unrecht in Eigenbesitz umgewandelt hat. Beide Handlungsweisen mißbilligt die Rechtsordnung in gleicher Weise, was sich darin zeigt, daß sie - strafrechtlich - als Diebstahl oder Unterschlagung geahndet werden ⁹⁾; diese Mißbilligung ist der Rechtsgrund für die gesteigerte Zufallshaftung.

d. Mag auch das Unrecht eines sein Besitzrecht umwandelnden Besitzers insoweit nicht so schwerwiegend erscheinen, da der Eigentümer durch seine Fremdbesitzüberlassung erst die Umwandlung ermöglicht hat ³⁾, so fällt bei diesem Verhalten der Vertrauensbruch des Besitzers gegenüber dem Eigentümer erschwerend ins Gewicht. Der Besitzer verletzt nicht nur das objektive Recht des Eigentümers, sondern mißbraucht auch dessen Vertrauen, der Besitzer, dem er seine Sache anvertraut habe, werde seine Rechte wahren. Ein solcher Vertrauensbruch macht in gleicher Weise wie ein Diebstahl eine Mahnung unzumutbar und rechtfertigt Zufallshaftung aus "Verzug ohne Mahnung" nach § 848.

e. Deliktsbesitzer wird nach § 848 auch der nichtberechtigte besitzumwandelnde Besitzer, der dem Berechtigten dessen mittelbaren Oberbesitz - durch Unterschlagung der Sache - entzieht ¹⁰⁾.

6) so Windscheid-Kipp II § 278 S. 137/40; vgl. Mommsen S. 76/7;

7) vgl. oben § 1 Anm. 7 der Arbeit;

8) vgl. oben § 62 IV b Anm. 21 der Arbeit;

9) so Bolze S. 112/13; aA: Eichler S. 202 - Anm. 101;

10) dieser Ansicht, wenn auch für die gleiche Problematik in § 992 sind die in Anm. 31 genannten Rechtslehrer; aA die in Anm. 32 Genannten und das RG aaO;

IV. Aus demselben Grund, daß das rechtswidrig schuldhaft schadensverursachende Verhalten des unerlaubt Handelnden wegen der Mißbilligung durch die Rechtsordnung die Zufallshaftung in § 848 begründet und rechtfertigt¹¹⁾, kann es nicht auf die Person des von der unerlaubten Handlung Betroffenen und damit nicht darauf ankommen, ob die unerlaubte Handlung unmittelbar¹²⁾ oder auch nur mittelbar¹³⁾ gegen den Eigentümer begangen wird, oder ob nur der durch die unerlaubte Handlung geschaffene Deliktzustand eine spätere Schädigung des Eigentümers verursacht¹⁴⁾. Durch das rechtlich mißbilligte unerlaubte Handeln des Deliktsbesitzers nach §§ 823, 848 wird Schaden in zweifacher Weise verursacht; unmittelbar bringt der rechtswidrig Handelnde denjenigen um den Besitz, dem er die Sache entzieht - davon kann auch der nicht unmittelbar besitzende Eigentümer betroffen werden, weil er seinen - etwa bestehenden - mittelbaren Oberbesitz verliert, wenn seinem, ihm den Besitz vermittelnden Unterbesitzer die Sache entzogen wird^{14a)} -, mittelbar in nicht adaequat kausaler Weise verursacht der unerlaubt Handelnde außerdem die zufällige Schädigung des Eigentümers, indem er den Deliktzustand als deren *conditio sine qua non* begründet.

Diese Schäden sind denen zu ersetzen, die sie erleiden; daher hat der Deliktsbesitzer die Sache, solange sie noch existiert, möglicherweise nach § 249 seinem Vorbesitzer zurückzugeben¹⁵⁾, was einer Vindikationslage nicht entgegensteht, wie die Untersuchung zu § 986 gezeigt hat¹⁶⁾. Zufällige Schäden aber, die das Eigentum oder das Eigenbesitzrecht treffen, hat er gemäß § 848 dem Eigentümer zu ersetzen, auch wenn er die unerlaubte Handlung nicht gegen ihn begangen hat.

Für die Auslegung des § 848 bedeutet das, daß der Anspruchsberechtigte in § 848, in den Fällen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses also der Eigentümer, nicht mit dem "anderen" identisch sein muß, dem die Sache entzogen ist. Ist daher

11) aa - für § 992 -: Lent S. 272 Anm. 1, der in dem schädigenden Verhalten dem Eigentümer gegenüber den Grund für die Haftungsverschärfung sieht; ebenso Planck-Brodmann § 992 Anm. 2 a; RGRK-Johannsen § 992 Anm. 9; so aber: Brox in JZ 1965 S. 518; Endemann § 92 Anm. 11, wenn er sagt, die Besitzbegründung wirke haftungsverschärfend;

12) so Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 992 Rdnr. 3;

13) vgl. - teilweise für § 992 - Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 22/23; Bunsen aaO S. 436; Erman-Hefermehl § 992 Anm. 2; Soergel-Siebert-Muhl § 992 Rdnr. 3;

14) so Crome III § 417 Anm. 38; Brox in JZ 1965 S. 518;

14a) Wolff-Raiser, § 15 II 1 a;

15) Enneccerus-Lehmann § 248 II 4;

16) vgl. oben § 2 2 IV;

bei der zufällig eintretenden Schädigung Besitzer der Sache ein Unterbesitzer, der sie rechtswidrig einem Oberbesitzer entzogen hat, so kann der Eigentümer auf Grund dieses Verhaltens Ansprüche aus § 848 für sich nicht nur herleiten, wenn er Oberbesitzer war, und der Unterbesitzer durch seine Besitzbegründung auch diesen mittelbaren Eigenbesitz an sich gezogen hat, sondern auch, sofern der Unterbesitzer durch bloße Fremdbesitzbegründung den Eigenbesitz des Eigentümers nicht verletzt, oder schon der Oberbesitzer dessen Eigenbesitz zerstört hat. Dem entspricht der Wortlaut des § 848; wenn die Sache "einem anderen" entzogen sein muß, so trägt diese weite Formulierung der Tatsache Rechnung, daß die Sache durch unerlaubte Handlung nicht nur dem Berechtigten, sondern jedem tatsächlichen Inhaber entzogen werden kann. Für die Bestimmung des in §§ 823 iVm 848 geschützten Rechtsguts in den Fällen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses bedeutet diese Erkenntnis, daß die zufällige Schädigung das Eigentum und das Eigenbesitzrecht, die unerlaubte Handlung jedoch nur das aus dem Eigentum entspringende Recht auf Besitz, aber nicht notwendigerweise das Eigentum oder Eigenbesitzrecht treffen muß.

V. Somit kann, wenn § 848 im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis anwendbar ist, der Eigentümer auf Grund dieser Vorschrift Ansprüche auf Zufallshaftung gegen den unrechtmäßigen - Delikts- - Besitzer geltend machen ¹⁷⁾, der durch unerlaubte Handlung gegen den tatsächlichen Sachinhaber Fremdbesitz oder - zumal wenn er schon solchen innehat - Eigenbesitz begründet. Ein Schaden braucht den Eigentümer erst durch das unverschuldete zufällige Ereignis zu treffen, wenn durch das unerlaubte Handeln ein Dritter geschädigt wurde. Hinsichtlich der Rechtsfolge des Eintritts der Zufallshaftung gilt dasselbe wie im Verzugsrecht bei § 287; der Haftende kann sich durch den Nachweis mangelnder Kausalität des Deliktzustands für den Schaden ¹⁸⁾ sowie überholender Kausalität durch den Eintritt weiterer schädigender Ereignisse entlasten ¹⁹⁾.

2. Kann somit die Notwendigkeit einer Zufallshaftung aus Delikt im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bestehen, so bleibt die Konkurrenzfrage zu entscheiden, ob und bejahendenfalls wieweit § 848 als Vorschrift des Deliktsrechts im Eigentümer-Besitzer-Recht anwendbar ist. Das Verhältnis von Deliktsrecht zu

17) vgl. im Ergebnis auch Siber in Rechtszwang S. 118;

18) OGHZ in E 1 S. 308 (309); vgl. BGH in E 10 S. 6 (8 ff) und in E 20 S. 275 (278 ff);

19) vgl. Neumann-Duesberg in JZ 1953 S. 172;

Eigentümer-Besitzer-Recht ist Gegenstand heftigen Streits in Rechtslehre und Rechtsprechung, weil der Gesetzgeber zwar den unrechtmäßigen Besitzer nicht nach allgemeinem Deliktsrecht haften lassen wollte, die dadurch geschaffenen Lücken im Haftungssystem für den unrechtmäßigen Besitzer aber nicht durch entsprechende Vorschriften in den §§ 987 ff geschlossen hat ²⁰⁾.

I. Einigkeit herrscht, daß über § 992 bei Vorliegen dessen Voraussetzungen ²¹⁾ Deliktsrecht - und damit § 848 ²²⁾ - in den §§ 987 ff anwendbar ist, ²³⁾ sei es, daß § 992 einen Anwendungsfall deliktischer Haftung im Eigentümer-Besitzer-Recht bestimmt ²⁴⁾, sei es, daß er deren - abgesehen von den Fällen des Fremdbesitzerexzesses - abschließende Regelung enthält ²⁵⁾.

§ 992 bestimmt die Voraussetzungen, unter denen der Besitzer "nach den Vorschriften über Schadensersatz aus unerlaubter Handlung" haftet, womit klargestellt ist, daß § 992 nur die Frage der Anwendbarkeit der §§ 823 ff entscheidet; Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung sind unmittelbar dem Deliktsrecht zu entnehmen ²⁶⁾. Voraussetzung für § 992 ist, daß der Besitzer sich den

20) siehe unten III b a1.;

21) eine Vindikationslage muß bestehen; Westermanns abweichende Ansicht in der 4. Auflage seines Lehrbuchs, § 32 IV 2 d, § 992 gelte auch für den Besitzer, der ein Recht zum Besitz habe, ist in der 5. Auflage nicht mehr vertreten;

22) unstreitig, vgl. Siber in Rechtszwang S. 117; Bunsen aaO S. 436; Ebbecke aaO Sp. 837; Crome III § 417 II 1 c; Eichler S. 208; Westermann § 32 IV 2 d; Baur § 11 A 3 c; Lent-Schwab § 45 IV 3; Brox in JZ 1965 S. 516;

23) ebenso bei § 826, ganz unstreitig, vgl. Brox aaO S. 519; Staudinger-Berg § 993 Rdnr. 3;

24) als Norm mit Klarstellungsfunktion, so die in Anm. 66 Genannten;

25) so die Rechtsprechung, vgl. etwa OLG München in E Bd. 21 S. 229; RG in JW 1910 S. 111, 10; S. 754, 16; in SA Bd. 67 Nr. 157; in Warn. 1920 Nr. 200; in LZ 1922 Sp. 289; in JW 1926 S. 1811, 3 = LZ 1926 Sp. 1071/72; in E 163 S. 348 (351/52); Hans. OLG in HansRGZ 1929 B Nr. 132; so; Ledermann in JW 1926 S. 1811; Fuchs S. 29; Imlau in MDR 1957 S. 263; Bunsen aaO S. 436/7; Wolf-Neukirch § 992 Anm. 3; Loewenwarter § 990; Wolff-Raiser § 85 III 6 a; Enneccerus-Lehmann § 234 I 1 a; Fikentscher § 102 V 3 c; Müller BGB § 987 Anm. 1 a; Soergel-Siebert-Mühl § 992 Rdnr. 1; Palandt-Hoche Anm. 2 b bb vor § 987; Dietz S. 197; Birk aaO S. 355; Weimar in MDR 1959 S. 94; Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 177/78;

26) unstreitig, vgl. Erman-Hefermehl § 992 Anm. 4; RGRK-Johannsen § 992 Anm. 4; Dietz S. 197;

Besitz durch strafbare Handlung oder verbotene Eigenmacht verschafft hat und sogenannter Gewaltbesitzer ist ²⁷⁾. Für die Möglichkeit der Deliktshaftung stellt somit § 992 wie § 848 für die Eröffnung der Haftungsmöglichkeit für Zufall auf besondere, makelbehaftete Besitzbegründungsakte ab, die einen von der Rechtsordnung mißbilligten Besitzstand herbeiführen. Bewirkt die unerlaubte Handlung in § 848 diesen Makel, so die verbotene Eigenmacht oder die strafbare Handlung in § 992.

II. Die Frage der deliktischen Zufallshaftung im Eigentümer-Besitzer-Recht ist problemlos und unabhängig von der Frage der allgemeinen Geltung des Deliktsrechts im Vindikationsrecht gelöst, wenn – was nach dem unter 1. Dargelegten naheliegt – der zur Zufallshaftung führende Deliktsbesitz mit dem Gewaltbesitz nach § 992 identisch ist. Ist dagegen der Begriff des Deliktsbesitzes der umfassendere Begriff, so wird erheblich, ob nicht auch über § 992 hinaus im Eigentümer-Besitzer-Recht deliktische Haftung möglich ist.

a. Identität zwischen Gewalt- und Deliktsbesitz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis besteht hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen, soweit beide bei Eintritt des zufällig schädigenden Ereignisses als nichtberechtigte Besitzer die fremde Sache in Händen haben müssen, die sie einem anderen rechtswidrig entzogen haben ²⁸⁾, wobei es in § 992 wie in § 848 unerheblich ist, ob der unmittelbare Besitz dem Eigentümer ²⁹⁾ oder einem Dritten entzogen ist ³⁰⁾, da beide Besitzer nur wegen des Unwerturteils, das über ihre rechtswidrige Besitzergreifung gefällt wird, zur Verantwortung gezogen werden; unerheblich ist aus dem gleichen Grund, ob die Besitzverschaffung durch strafbare Handlung gemäß § 992

27) vgl. oben § 4 Anm. 3;

28) das unter 1 III und IV für den Deliktsbesitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis Gesagte gilt auch für den Gewaltbesitzer, in § 992 bestehen die gleichen Probleme; in der Rechtslehre werden die Streitfragen zT nur bei der Behandlung des Gewaltbesitzers berücksichtigt;

29) so aber: Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 992 Rdnr. 3; Biermann § 992 Anm. a; Lent S. 172; Planck-Brodmann § 992 Anm. 2 a; Palandt-Hoche § 992 Anm. 1 a;

aA, daß nur der mittelbare Besitz des Eigentümers entzogen zu werden brauche, die in Anm. 13 Genannten;

30) siehe dazu oben 1 III, IV; so Brox und Crome aaO in Anm. 14;

auf einer Unterschlagung³¹⁾ oder einer, die tatsächliche Sachherrschaft begründenden, Straftat³²⁾ beruht.

b. Ungleich - und damit möglicherweise einer Identität beider Besitzarten entgegenstehend - sind die Erwerbshandlungen, die zu Gewalt- oder Deliktsbesitz führen. Alle unerlaubten Handlungen nach § 823 können die Grundlage für Delikts-, nur strafbare oder auf verbotener Eigenmacht beruhende Handlungen können die Grundlage für Gewaltbesitz sein. Identität besteht somit infolge gleicher Besitzerwerbshandlungen insoweit, als alle strafbaren Handlungen gemäß § 823 Abs. 2 unerlaubte Handlungen sind. Vollkommene Gleichstellung von Gewalt- mit Deliktsbesitz erfordert darüberhinaus, daß einmal der Bereich nicht strafbarer unerlaubter Besitzentziehungshandlungen nach §§ 823, 848 gemäß §§ 992, 858 auf verbotener Eigenmacht beruht, zum anderen alle nicht verboten eigenmächtigen Besitzentziehungshandlungen strafbare Handlungen darstellen.

Besitzentziehungshandlungen durch Delikt und durch verbotene Eigenmacht gleichen sich in der objektiven Begehungsweise, unterscheiden sich jedoch in den Anforderungen an die Rechtswidrigkeit und den subjektiven Tatbestand.

a1. Unerlaubte Handlung ist nach §§ 823, 848, 276 jede schuldhaft rechtswidrige Besitzentziehung; verbotene Eigenmacht dagegen nach § 858 die lediglich objektiv rechtswidrige Besitzentziehung, weil Verschulden erst erforderlich wird, wenn ein Verhalten haftungsbegründend wirken soll; die Besitzentziehung nach § 858 führt im Besitzrecht jedoch nicht zu Schadensersatzansprüchen, sondern zu dem bloßen Auskehrungsanspruch entsprechend dem Herausgabe- oder Bereicherungsanspruch³³⁾. Im Eigentümer-Besitzer-Recht bewirkt auch § 992 nicht die Notwendigkeit schuldhaften Begehens der verbotenen Eigenmacht³⁴⁾, weil § 992 keine eigenständige schadensersatzbegründende Vorschrift, bei der es infol-

31) so: Bolze S. 112/3; Dietz S. 213; Hedemann 3. Aufl. § 29 IV 3; Türcke-Niedenführ-Winter § 992 Anm. 2; Erman-Hefermehl § 992 Anm. 3, da ja ohnehin bei Unterschlagung § 826 eingreife; für das gemeine Recht Wächter Pandekten § 143 S. 183; vgl. auch Siber in IdogmJB Bd. 89 S. 42 mit anderer Begründung; auch S. 25/36; vgl. auch Protokolle S. 343;

32) Bunsen aaO S. 436 Anm. 1; Weimar in MDR 1959 S. 94; Eichler S. 202 Anm. 101; Staudinger-Berg § 992 Rdnr. 1 b; Achilles-Greiff-Leiss § 992 Anm. 3 a; RGRK-Johannsen § 992 Anm. 3; wohl auch RG in Warn. 1920 Nr. 200 und in E 101 S. 307 (310);

33) gegen die Annahme einer schuldlosen verbotenen Eigenmacht als unsinniger Rechteinrichtung; Eck-Leonhard S. 173 Anm. 2;

34) vgl. Protokolle S. 348 = Mugdan S. 678;

ge bloß objektiv rechtswidriger Besitzentziehung gemäß § 858 zur Haftung ohne Verschulden kommen kann, sondern eine Verweisungsvorschrift ist, so daß die haftungsbegründenden Anspruchsvoraussetzungen wie die Rechtsfolgen dem Recht der unerlaubten Handlungen zu entnehmen sind ³⁵⁾. Aus diesem Recht ergibt sich auch nach §§ 823 iVm 276 das Schuldnerfordernis. Das führt zwar dazu, daß die verbotenen eigenmächtigen Besitzbegründungsakte nach §§ 992, 858, die als Erwerbsdelikte ³⁶⁾ geahndet werden sollen, gemäß § 823 auf schuldhafter verbotener Eigenmacht beruhen müssen ³⁷⁾, das gilt aber nicht, wenn Ersatzansprüche aus bloßen Verwaltungsdelikten ³⁶⁾ hergeleitet werden ³⁷⁾, die schuldhaft im Zustand eines auch schuldlos verbotenen eigenmächtigen Gewaltbesitzes begangen werden können ³⁸⁾. Für die Zufallshaftung aus § 848, die die Rechtsfolge eines

35) vgl. Anm. 26;

36) Begriffe bei Heck § 67 2, 7;

37) so; Siber in Rechtszwang S. 118; Buhl S. 78, Dietz S. 197 Anm. 33; Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 176; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 992 Rdnr. 3; Palandt-Hoche § 992 Anm. 1 a; Brox aaO S. 517; vgl. Biermann § 992 Anm. b; wohl auch RGRK-Johannsen § 992 Anm. 4; unentschieden bei Cosack 1901 § 211 VI 3; aA: bei § 992 sei auch im Fall des § 848 kein Verschulden erforderlich; Endemann § 92 Anm. 11; Lent S. 263; aA: § 992 erfordere immer Verschulden; Eichler S. 205 Anm. 98; Westermann § 32 IV 2 a; Baur § 11 A II 2; Lent-Schwab § 45 IV 3; Wolff-Raiser § 85 III 3, Anm. 18; Loewenwarter § 992; Planck-Brodmann § 992 Anm. 2 a; Erman-Hefermehl § 992 Anm. 2; Staudinger-Berg § 992 Rdnr. 1 a, 3 b; Soergel-Siebert-Mühl § 992 Rdnr. 3;

38) Dietz S. 197 Anm. 33, Brox aaO S. 518, Westermann, der in der 4. Auflage - § 32 IV 2 a - die Ansicht vertrat, § 992 erfordere immer Verschulden, schränkt das nunmehr in der 5. Auflage aaO dahin ein, daß über § 992 nach dem Recht der §§ 823 ff auch der Besitzer hafte, der sich - bei Besitzerwerb - in Verkennung der Eigentumsverhältnisse ohne Fahrlässigkeit für den Eigentümer halte, der jedoch vor der schuldhaften Verletzung des objektiv bestehenden Eigentums des Berechtigten in zumindest fahrlässiger Weise Zweifel an seinem vermeintlichen Eigentum nicht beachte. Zumindest für diesen Fall besteht auch nach Westermann die Möglichkeit, daß im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis § 992 auf Grund schuldlos rechtswidriger Besitzbegründung die Haftung nach den §§ 823 ff freigibt, wenn nur die Verletzungshandlung selbst schuldhaft begangen ist. Die Fahrlässigkeit, die im Beiseiteschieben der Zweifel am vermeintlichen Eigentum liegt, fällt nicht mehr in den Rahmen des § 992; sie begründet keinen Schuldvorwurf hinsichtlich der Besitzbegründung; sie ist vielmehr Teil des Schuldvorwurfs hinsichtlich der Verletzungshandlung; der Irrtum des Besitzers, Eigentümer zu sein, und deshalb mit der Sache wie ein solcher verfahren zu können, ist nicht mehr entschuldbar;

Erwerbsdelikts nach § 823 ist, muß daher die verboten eigenmächtige Besitzentziehung als Folge des § 848, nicht des § 992 schuldhaft begangen sein.

Begründet ein Fremdbesitzer seinen Fremdbesitz schuldlos nach § 858 und wandelt diesen rechtswidrig in Eigenbesitz um, so kann er gemäß §§ 992 iVm 848 nur für Zufall haften, wenn wenigstens die Besitzumwandlung schuldhaft erfolgt und Deliktsbesitz nach § 848 verursacht. Hinsichtlich der Zufallshaftung steht das unmittelbar fehlende Schuldnerfordernis in den §§ 992, 858 im Gegensatz zu § 848 der Gleichstellung von Gewalt- mit Deliktsbesitz nicht entgegen.

b1. Rechtswidrig ist die unerlaubte Handlung, wenn eine rechtlich wirksame Rechtfertigung fehlt; die verbotene Eigenmacht dagegen ist, sofern nicht das Gesetz den Besitzentzug gestattet, nur rechtswidrig, wenn der eigenmächtig Handelnde dem Vorbesitzer die Sache ohne dessen Willen entzieht. Dabei läßt es das Gesetz offen, ob dieser Willen rechtlich erheblich oder nur tatsächlich vorhanden sein muß.

Besitz ist nach § 854 die tatsächliche Sachherrschaft, für deren Vorliegen und rechtliche Bestimmung es unerheblich ist, ob sie von der Rechtsordnung gebilligt wird. Durch den natürlichen Willen wird Besitz ergriffen und aufgegeben. Dementsprechend kommt es für die verbotene Eigenmacht allein auf den natürlichen Willen an ³⁹⁾. Will der geschädigte Vorbesitzer die rechtliche Unwirksamkeit seines natürlichen Willens geltend machen, weil ihm etwa die Sache durch Betrug abgelistet worden ist, so muß er sein Rückgewährverlangen auf eine Rechtsnorm stützen, die - wie § 823 - seine Rechte schützt und die rechtlich unwirksame Erklärung daher als ungeschehen ansieht, dafür aber dem auf die Wirksamkeit der Einwilligung Vertrauenden durch das Korrektiv der Schuld ebenfalls Schutz gewährt. Für § 858 ist rechtserheblich allein der tatsächliche Wille des Vorbesitzers und der natürliche Vorsatz des eigenmächtig Handelnden. Verschulden und damit jeder Irrtum sind unbeachtlich ⁴⁰⁾, insbesondere die Vorstellungen, die sich der Berechtigte über seine etwa erklärte Einwilligung, der Eigenmächtige über ihn rechtfertigende Gründe machen.

Hier liegt eine Einschränkung des § 992 gegenüber § 848; es kann der Besitzer rechtswidrig nach § 823 den Besitz entziehen, ohne verbotene Eigenmacht zu begangen ⁴¹⁾. Ein solcher - um den Besitz betrügender - unerlaubt Handelnder haf-

39) vgl. zum Ganzen; Wolff-Raiser § 5, § 10 I-III; Brox aaO S. 518;

40) Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 992 Rdnr. 3;

41) so Brox aaO S. 518;

tete zwar nach §§ 823, 848, nicht aber nach §§ 992, 848 für Zufall ⁴¹⁾, wenn nicht mit dem Besitzbetrug eine strafbare Handlung begangen wird, die anstelle der verbotenen Eigenmacht Gewaltbesitz verursacht.

c1. Eine Gleichstellung von unerlaubter Handlung mit strafbarer Handlung ist jedoch - anders als in dem Umkehrsatz des § 823 Abs. 2 - nicht generell möglich. Der Bereich der strafbaren Handlungen ist, selbst wenn Gleichheit der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen besteht, enger als der der unerlaubten Handlungen, weil die Strafbarkeit an besondere subjektive Erfordernisse in der Person des Schädigers gebunden ist, indem die subjektive Widerspiegelung des objektiven Tatbestandes an besondere Verschuldensformen geknüpft ist, oder besondere subjektive Tatbestandsmerkmale ⁴²⁾ sowie die Straffähigkeit gegeben sein müssen. An diesen subjektiven Voraussetzungen kann die Strafbarkeit einer Besitzentziehungshandlung scheitern, so daß, wenn auch keine verbotene Eigenmacht vorliegt, zwar Delikts-, aber nicht Gewaltbesitz begründet wird ⁴²⁾, wie die folgenden Beispielsfälle zeigen.

(a) Der Betrüger schwatzt dem Besitzer durch Täuschung eine Sache - mit Liebhaberwert - ab, für die er ein objektiv angemessenes Entgelt zahlen will; die Übergabe erfolgt, zur Übereignung und Bezahlung kommt es nicht. Besitzbetrug nach § 263 StGB entfällt wegen der fehlenden Absicht rechtswidriger Bereicherung, verbotene Eigenmacht scheitert am Besitzaufgabewillen des Geschädigten. Wohl aber liegt Besitzentziehung durch unerlaubte Handlung vor; auf schuldhaft rechtswidrige Weise hat der Betrüger den Geschädigten um den Besitz der Sache gebracht, der Besitzverlust ist der zur unerlaubten Handlung gehörende Schaden ⁴³⁾.

(b) Der Betrüger befindet sich in einem fahrlässigen Verbotsirrtum, auf Grund dessen er sich zum Besitzerwerb für berechtigt hält. Hier fehlt es am Vorsatz, sofern - mit der Vorsatztheorie ⁴⁴⁾ - das Bewußtsein rechtswidrigen Handelns Teil des Vorsatzes ist; der vermeidbare Irrtum führt nur zur Fahrlässigkeit, die zwar eine unerlaubte Handlung nach § 823, nicht aber einen Besitzbetrug nach § 263 StGB ermöglicht ⁴⁴⁾. Ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit - folgend der Schuldtheorie ⁴⁵⁾ - ein besonderes Schulselement, so handelt der Betrüger bei fahrlässigem vermeidbarem Verbotsirrtum vorsätzlich und schuldhaft,

42) vgl. Brox aaO S. 518;

43) vgl. Brox aaO S. 518;

44) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 213 II a, III;

45) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 213 II b;

der Annahme einer strafbaren Handlung steht aber das Fehlen der rechtswidrigen Nachteilszufügungsabsicht entgegen. Darin zeigt sich:

Alle für eine Besitzentziehung in Frage kommenden unerlaubten Handlungen, die keine Wegnahmehandlungen sind, kann § 992 unter bestimmten Umständen nicht erfassen. Wegnahmehandlungen dagegen sind, selbst wenn sie keine strafbaren Handlungen sind, wegen der in ihnen liegenden verbotenen Eigenmacht tatbestandsmäßig iSv § 992 ⁴⁶⁾. Straftaten, die auf eine Vermögensschädigung durch Aushängen-lassen der Sache durch den Geschädigten zielen, können an den subjektiven Strafbarkeitserfordernissen scheitern, obwohl sie Delikte gemäß §§ 823 ff darstellen.

(c) Ein letzter Fall ist, daß ein Schuldunfähiger einem Besitzer die Sache rechtswidrig ablistet und nach § 829 zur Verantwortung gezogen wird. Er begeht weder einen strafbaren Besitzbetrug noch verbotene Eigenmacht. Dennoch liegt eine unerlaubte Handlung nach § 823 vor, auf Grund deren er zur Rückgabe verpflichtet ist ⁴⁷⁾. Der Schädiger muß mit natürlichem Verschulden handeln ⁴⁸⁾; das schließt zwar idR eine Haftung aus, jedoch kann es gemäß § 829 zur Haftung kommen, und diese beruht auf der mit natürlichem Verschulden begangenen unerlaubten Handlung. Diese Haftung erstreckt sich auch auf Unfallhaftung nach § 848, weil die Haftung nach § 829 auf Billigkeitserwägungen beruht, die auch im Fall der Unfallhaftung Gültigkeit behalten. Wenn ein Vergleich der Vermögenslagen von schuldunfähigem Schädiger und Geschädigten ergibt, daß aus Billigkeitsgründen eine Haftung angemessen ist ⁴⁹⁾, so beruht diese Erwägung darauf, daß der Schädiger bei Schuldfähigkeit ohnehin haften müßte, es bleibt für sie aber ohne Einfluß, ob er den Schaden gemäß § 823 in adaequat kausaler Weise oder gemäß §§ 848, 823 lediglich durch Setzen der *conditio sine qua non* verursacht hat; entscheidend ist nur, daß die Vermögensverhältnisse eine Haftung rechtfertigen.

c. Somit steht fest, daß § 992 nicht alle Haftungsfälle des § 848 und damit nicht den gesamten Bereich des Deliktsbesitzes erfaßt ⁵⁰⁾.

46) daher ist auch Unterschlagung eine Wegnahmehandlung in diesem Sinn;

47) Palandt-Gramm § 829 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 260 I 1; Fikentscher § 110;

48) vgl. die in Anm. 47) Genannten aaO;

49) Enneccerus-Lehmann § 260 I 4; Fikentscher § 110;

50) so auch Siber in Rechtszwang S. 118; Brox aaO S. 518; aA offensichtlich Erman-Hefermehl Anm. 13 b vor § 987;

III. Entscheidend bleibt, ob und wieweit § 848 als Vorschrift des Deliktsrechts auch ohne Zuhilfenahme des § 992 im Vindikationsrecht anwendbar ist. Hierbei handelt es sich um eine reine Konkurrenzfrage, bei der - wie immer im Konkurrenzrecht - die doppelte Fragestellung entsteht, wieweit es zu einer Konkurrenz beider Rechtsgebiete kommen kann und für welche dieser möglichen Konkurrenzfälle das Gesetz die Anspruchskonkurrenz zugelassen hat.

a. a1. Der unrechtmäßige Besitzer kann durch sein Verhalten zu der fremden Sache das fremde Recht objektiv rechtswidrig verletzen; subjektiv rechtswidrig aber kann er nur handeln, wenn ihm seine Nichtberechtigung zum Vorwurf gemacht wird, weil er weiß oder wissen müßte, daß er kein Recht an der Sache hat ⁵¹⁾. Wo dem Besitzer dieser Vorwurf nicht gemacht werden kann, darf er die Sache quasi rem suam vernachlässigen; er kann nicht schuldhaft handeln ⁵¹⁾ und daher auch nicht nach den §§ 823 ff wegen rechtswidriger Handlungen bezüglich der fremden Sache zur Verantwortung gezogen werden ⁵²⁾; das gilt auch für den schuldunfähigen redlichen Besitzer, auch dieser kann nicht mit natürlichem Verschulden handeln, solange er unverantwortlich iS der §§ 987 ff ist. Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß verantwortlich im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis der unredliche Besitzer, der Prozeßbesitzer und der redliche Besitzer nach § 991 Abs. 2 sind sowie für Exzeßhandlungen der seine Besitzberechtigung überschreitende Besitzer. Einen weiteren Verantwortlichkeitstatbestand schafft § 992 für den Gewaltbesitzer ⁵³⁾; verantwortlich ist, wer sich auf eine von der Rechtsordnung mißbilligte Weise - durch Gewalt oder Straftat - den nicht berechtigten Besitz verschafft, weil er wissen muß, daß so erworbene Rechte keinen Schutz genießen. Mag er auch an die Existenz eines Rechts zum Besitz glauben, das er auf diese Weise verwirklichen will, so muß er wissen, daß sich dennoch auf diese Weise Rechte nicht wirksam durchsetzen lassen. Die Redlichkeit kann sich bei dem Gewaltbesitzer wie bei dem verantwortlichen redlichen Prozeßbesitzer nur hinsichtlich der subjektiven Rechtswidrigkeit seines Handelns auswirken ⁵⁴⁾, nicht aber die Möglichkeit schuldhaften Handelns ausschließen.

51) Endemann II § 92 1 b; Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 5; aA nur die Haftung sei ausgeschlossen; Schlegelberger-Vogel-Spreckelsen § 992 Rdnr. 1; Erman-Hefermehl § 993 Anm. 1 c; Brox aaO S. 517;

52) Denkschrift S. 137 = Mugdan S. 678;

53) so wohl; Lent S. 262, § 992 sei kein Haftungstatbestand iSv § 823; Dietz S. 197; Schlegelberger-Vogel-Spreckelsen Rdnr. 16 vor § 987, § 989 Rdnr. 8; § 990 Rdnr. 2;

54) vgl. Protokolle S. 348 = Mugdan S. 678;

b1. Begründet der Besitzer seinen Besitz erst durch die unerlaubte Handlung - was nach § 848 Voraussetzung einer Zufallshaftung ist -, so besteht bei Besitzbegründung regelmäßig noch kein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis mit seinen Beschränkungen der Verantwortlichkeit durch den Schutz der Redlichkeit; der Schädiger haftet allein gemäß §§ 823, 276⁵⁵⁾. Sein irrtümlicher Glaube, zur Besitzergreifung und Ausübung berechtigt zu sein, wirkt sich im Verschulden, nicht bei der Verantwortlichkeit aus. Diese Besitzentziehung führt zur Haftung für das unerlaubte Erwerbsdelikt nach § 823 und zu einem unrechtmäßigen restitutionspflichtigen Besitz, womit auch die Voraussetzungen der Zufallshaftung nach § 848 bereits vorzuliegen scheinen, was jedoch nicht notwendig der Fall zu sein braucht.

Die Besitzentziehung begründet nicht nur ein Deliktsverhältnis, sondern auch ein Vindikationsverhältnis mit seiner von besonderen Voraussetzungen abhängigen Verantwortlichkeit. Mit dem unrechtmäßigen Besitzer, der nach den Bestimmungen der §§ 987 ff nicht für den Bestand des fremden Rechts verantwortlich ist, besteht kein Haftungsverhältnis; es fehlt der schuldrechtlich ausgebildete Herausgabeanspruch des Eigentümers, der erst die Verantwortlichkeit begründet und allein steigerungsfähig ist. Daher könnte - theoretisch - mangels Verantwortlichkeit der Deliktsbesitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis der Zufallshaftung entgegen, der nicht als Gewaltbesitzer nach § 992 und, weil er sich etwa in einem leichtfahrlässigen Rechtsirrtum über die Fremdheit der Sache und das Erlaubtsein des Besitzentziehens befunden hätte, auch nicht nach § 990 Abs. 1 verantwortlich geworden wäre. Die Divergenz im Verschulden zwischen § 276 und § 990 Abs. 1 könnte, soweit § 992 nicht eingreift, dem nichtberechtigten Besitzer zugute kommen. § 848 kann in solchen Fällen die Verantwortlichkeit nicht begründen⁵⁶⁾. Abgesehen davon, daß diese nur von Vorschriften des Vindikationsrechts geschaffen werden kann, indem der Herausgabeanspruch schuldrechtlich ausgebildet wird, müßte das zu unerträglichen Ergebnissen führen, weil der bei Besitzerwerb leichtfahrlässig Handelnde infolge seiner Redlichkeit keine schuldhaften Verwaltungsdelikte begehen könnte, wohl aber infolge seiner Verantwortlichkeit wegen des Erwerbsdelikts nach § 848 für Zufall einstehen müßte.

55) vgl. Esser § 201 3 i; Brox aaO S. 517; Erman-Hefermehl Anm. 13 a vor § 987;

56) aa offensichtlich Erman-Hefermehl Anm. 13 a vor § 987, er sagt: "wird durch Besitzentziehung ein Vindikationsverhältnis begründet, so ... ist, wer sich durch deliktische Eigentumsverletzung den Besitz verschafft, stets nach §§ 823 ff dem Eigentümer verantwortlich, § 992 dient hier nur der Klarstellung";

Wie bei der Verzugshaftung ist bei der deliktischen Unfallshaftung die Zweistufigkeit zu beachten:

Die Besitzbegründungshandlung ist eine einfache unerlaubte Handlung; Verantwortlichkeit gemäß den §§ 987 ff besteht noch nicht und ist gegenstandslos, da sie erst infolge besonderer Umstände bei der Besitzbegründung nach §§ 990 Abs. 1, 991 Abs. 2, 992 entstehen kann.

Das zufällige Ereignis muß dann im Zustand der Verantwortlichkeit die Schädigungen verursachen, um haftungserheblich zu sein; abgesehen von einigen anomalen Ausnahmefällen besteht diese Verantwortlichkeit idR auf Grund des § 992.

Wird unrechtmäßiger Fremdbesitz in unrechtmäßigen Eigenbesitz umgewandelt, so besteht zwar wegen der Unrechtmäßigkeit des Besitzes bereits bei Umwandlung ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, das die Umwandlungshandlung, die tatbestandsmäßig die Rechtsfolgen aus §§ 823, 848 auslösen kann, den Beschränkungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses unterwirft; diese wirken sich aber nicht aus, weil zum einen mit der Umwandlungshandlung der Besitzer seine Berechtigung überschreitet und für diese Exzeßhandlung nach den allgemeinen Vorschriften verantwortlich ist, zum anderen aber diese Handlung eine Besitzbegründungshandlung darstellt, nach der sich die Verantwortlichkeit für den geschaffenen Deliktzustand bestimmt.

c1. Somit besteht die Möglichkeit einer Anspruchskonkurrenz des Deliktsrechts mit dem Vindikationsrecht, wenn der Besitzer für eine das Recht des Eigentümers - auch nur zufällig - beeinträchtigende Handlung gemäß §§ 989, 990 Abs. 1, 991 Abs. 2 oder 992 verantwortlich ist.

b. Für diese mögliche Anspruchskonkurrenz enthält das Gesetz in § 992 scheinbar eine Konkurrenznorm ⁵⁷⁾, nach welcher Vorschrift nur der Gewaltbesitzer der Haftung aus Delikt unterstellt wäre.

a1. Diese Regelung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers abschließend sein; so sah es bereits § 935 des E I vor, der dem heutigen § 992 entspricht ⁵⁸⁾. Für andere, nicht im Zustand des Gewaltbesitzes begangene unerlaubte Handlungen sah der Gesetzgeber den Schutz des Eigentümers durch die §§ 989 und 990 für ausreichend an ⁵⁹⁾. Diese Überlegung ist in ihrem Ausgangspunkt, im Eigentümer-

57) vgl. Lent S. 257 ff;

58) vgl. Protokolle S. 348 = Mugdan S. 678;

59) so; Motive S. 402/10 = Mugdan S. 224/28/29/30; Denkschrift S. 137 = Mugdan S. 978; vgl. auch Goldmann-Lilienthal § 51 Anm. 25;

Besitzer-Recht die Haftung grundsätzlich nach den §§ 987 ff anstelle der §§ 823 ff durchzuführen, richtig; der Gesetzgeber hat aber nicht alle notwendigen, sich aus der vorgestellten und gewollten Ausschließung ergebenden Konsequenzen gezogen. Alle Verwaltungsdelikte des nichtberechtigten Besitzers stellen zwar eine Beeinträchtigung des Eigentumsherausgabeanspruchs dar und werden somit von den §§ 987 ff erfaßt; da aber der Gesetzgeber die Haftung in den §§ 987 ff an das Vorliegen der, wenn auch nicht so bezeichneten, Verantwortlichkeit gemäß den §§ 987 ff gebunden hat, die er zu Unrecht teilweise mit der Unredlichkeit identifiziert, hat er übersehen, daß der redliche Fremdbesitzer, der seine Besitzberechtigung überschreitet, nach seiner Regelung haftfrei bleiben muß, weil er durch die Exzeßhandlung nicht unredlich noch gemäß den §§ 990, 992 verantwortlich wird ⁶⁰⁾. Hier sprang korrigierend die Lehre vom Fremdbesitzerexzeß ein, auf Grund deren dieser Besitzer als verantwortlich angesehen wird ⁶¹⁾ und - gegen den Willen des Gesetzgebers, das Deliktsrecht auszuschließen ⁶²⁾ - den §§ 823 ff unterworfen wird ⁶³⁾; zweckmäßiger wäre es, mit dem Willen des Gesetzgebers die Haftung auch in diesem Fall entsprechend den §§ 989, 990 vorzunehmen ⁶⁴⁾.

Bei den Erwerbsdelikten, die den Zustand unrechtmäßigen Besitzes schaffen, hat der Gesetzgeber übersehen, daß § 992 nicht alle Anwendungsfälle des § 848 erfaßt, so daß ein Deliktsbesitzer, wenn er nicht Gewaltbesitzer ist, haftungsfrei bleibt, obwohl das durch keine wertmäßigen Unterschiede zwischen § 848 und § 992 gerechtfertigt ist; die Lehre vom Fremdbesitzerexzeß hilft hier nicht weiter.

60) vgl. Heck § 68 5;

61) die Bedeutung der Lehre vom Fremdbesitzerexzeß liegt somit nicht darin, einen Anwendungsfall des Deliktsrechts im Vindikationsrecht zu begründen, diese Anwendbarkeit kann sich nur aus allgemein geltenden Gesichtspunkten ergeben, sondern allein darin, in den §§ 987 ff einen weiteren, im Gesetz nicht vorgesehenen, wenn auch beschränkten, Verantwortlichkeitstatbestand zu schaffen;

62) Motive S. 410 = Mugdan S. 228/29; vgl. Türcke-Niedenführ-Winter § 992 Anm. 3;

63) noch weiter gehen Dietz S. 197 ff, 207, 209 und RGRK-Johannsen § 992 Anm. 13, 14 und § 993 Anm. 3, die den Fremdbesitzer überhaupt nicht den Beschränkungen des Vindikationsrechts in den §§ 987 ff, insbesondere in § 992, unterwerfen wollen; dagegen: OGHZ in E 1 S. 308 (309); Eichler S. 207; Westermann § 31 III 2 b; Planck-Brodmann § 992 Anm. 1; Staudinger-Berg § 992 Rdnr. 2 b; Soergel-Siebert-Mühl § 989 Rdnr. 1; dagegen auch der in Anm. 61 gezeigte Grund;

64) vgl. oben § 9 2, Anm. 6 - 9;

b1. Bei der Fassung des § 992 ist dem Gesetzgeber ein Versehen unterlaufen. Vor Inkrafttreten des BGB haftete der unredliche Besitzer für Verschulden und, wenn er Deliktsbesitzer war, auch für Zufall nach dem Satz "fur semper in mora esse videtur" ⁶⁵⁾. Diese Regelung wollte der Gesetzgeber für das BGB übernehmen ⁶⁶⁾. Die 2. Kommission ersetzte aber den im E I in § 935 enthaltenen Begriff der unerlaubten Handlung, die zur Deliktshaftung im Vindikationsrecht führen sollte, auf Antrag durch den Begriff der verbotenen Eigenmacht, um auch die Fälle schuldlos rechtswidrigen Handelns dem Deliktsrecht zu unterstellen ⁶⁷⁾ - so hat bereits der § 906 des E II die Fassung des § 992 -, sie übersah dabei aber, daß damit neben dem Deliktsbesitz ein besonderer Gewaltbesitz geschaffen wurde, der dem früheren Recht fremd war, und daß ein Spannungsverhältnis zu § 848 geschaffen wurde, weil diese Vorschrift dem § 992 nicht angeglichen wurde.

c1. Dies Versehen muß durch eine interessen- und sachgerechte Auslegung der §§ 987 ff korrigiert werden.

Ausgangspunkt ist die richtige Überlegung, welche die Haftung bei Fremdbesitzerexzessen erklärt, daß der bewußt ein fremdes Recht verletzende Besitzer nicht von der Haftung aus Delikt freigestellt werden kann, der sogar der rechtmäßige Besitzer unterliegt, wenn ihm die Verletzungshandlung vorzuwerfen ist. Bei dem nichtberechtigten Fremdbesitzer kann daher die Haftung nicht von der Besitzergreifung nach § 992 abhängen, sondern allein von der Verantwortlichkeit, gleichgültig, durch welche Umstände sie begründet wird. Mangels ausreichender Sondervorschriften im Eigentümer-Besitzer-Recht muß das Deliktsrecht gegen den nichtberechtigten Besitzer neben den §§ 987 ff zur Anwendung kommen, wenn er verantwortlich ist ⁶⁸⁾.

65) Baron § 152 I; Wächter-Pandekten § 143 S. 180; Vangerow I § 333 I 1; Windscheid-Kipp § 193 Anm. 13; Sintenik § 52 Anm. 40; vgl. Sohm-Mitteis § 54 S. 315; Mommsen S. 197/98; für das preußische Recht: ALR § 242 I 7; Förster-Eccius § 165 Anm. 50; Gruchot in Bd. 5 S. 534; vgl. auch oben § 1 Anm. 7;

66) vgl. oben § 7 C II 2 a, Anm. 107;

67) Protokolle S. 347/48 = Mugdan S. 678;

68) so: Esser § 201 3 i, er sagt, auch der unredliche oder verklagte Besitzer hafte aus den §§ 823 ff; Brox aaO S. 519/20, mit ausführlicher, zutreffender Begründung; Eichler S. 202, 206; Erman-Hefermehl Anm. 13 b, 14 vor § 987, der jedoch § 848 nur bei § 992 für anwendbar hält, da nur dann ein Besitzentzug vorliege; Planck-Brodmann § 993 Anm. 1 b; Staudinger-Berg § 992 Rdnr. 2 a; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Rdnr. 16 vor

Eine solche Lösung berücksichtigt die Interessen von Eigentümer und Besitzer, indem sie den Rechtsschutz des Eigentümers gegen den ohnehin haftenden Besitzer vervollständigt durch die Deliktshaftung, den redlichen, nach den §§ 987 ff nicht haftenden Besitzer aber auch von der Deliktshaftung freistellt. Diese Lösung vermag darüberhinaus nicht nur die Exzeßhaftung zu erklären und zu begründen, sondern schafft auch Haftungseinheit in den §§ 989 ff insoweit, als die Deliktshaftung nicht davon abhängig ist, ob der Inanspruchgenommene einfacher oder Unterbesitzer ist; denn der Unterbesitzer haftet dem Eigentümer gemäß § 991 Abs. 2 auch insoweit aus unerlaubter Handlung, als er dem Oberbesitzer aus ihr "ersatzpflichtig" ist. Er steht für Exzesse nach §§ 823 iVm 992 Abs. 2 wie für Zufall nach §§ 848 iVm 991 Abs. 2 ein, wenn er die Sache durch rechtswidrige Besitzentziehung erlangt hat ⁶⁹⁾.

Eine ungerechtfertigte Haftungserweiterung tritt nicht ein. Der redliche Besitzer haftet nicht, wenn er auch nicht verantwortlich ist; der Verantwortliche aber haftet nicht nur gemäß §§ 989, 990, 991 Abs. 2, sondern auch aus dem Recht der unerlaubten Handlung.

Daß auf diese Weise der Grundsatz der Ausschließlichkeit des Eigentümer-Besitzer-Rechts durchbrochen wird, ist nicht zu vermeiden. Auf das Bereicherungsrecht kann im Vindikationsrecht verzichtet werden, weil die Bereicherungshaftung nach den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften ausgebildet ist, auf die auch die §§ 987 ff zurückzuführen sind. Das Deliktsrecht dagegen ist gerade in Bezug auf die Zufallshaftung besonders ausgestaltet. Bereicherungs- und Vindikationsrecht basieren letztlich auf dem gleichen Tatbestand des Bestehens eines rechtlosen Zustands, Deliktsrecht und Vindikationsrecht haben dagegen ihren Rechtsgrund in verschiedenen Haftungstatbeständen; in dem durch unerlaubte Handlung geschaffenen rechtlosen Zustand gilt es, größeres Unrecht abzugelten, als in dem

Fortsetzung der Fußnote 68)

§ 987, § 989 Rdnr. 8, § 990 Rdnr. 2; Peters in AcP Bd. 153 S. 465; Sprekelsen in DJ 1940 S. 655; aA: vgl. oben Anm. 25;

Westermann, § 32 IV 2 a, läßt es, anders als noch in der 4. Auflage, in der er der hM folgte, nunmehr im Anschluß an Brox aaO offen, ob nicht über § 992 hinaus die §§ 823 ff mit § 848 im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis anwendbar sind;

- 69) aA: Kunze S. 113, er meint, § 992 schränke auch die Haftung aus Delikt in § 991 II ein, da sonst das Haftungsprivileg des redlichen Besitzers illusorisch sei; er übersieht aber, daß nur der Unverantwortliche privilegiert ist, § 991 II aber Verantwortlichkeit eines eigentlich dem Eigentümer gegenüber Privilegierten begründet;

oft auf Zufall beruhenden rechtlosen Zustand des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.

d1. Der nichtberechtigte verantwortliche Besitzer haftet somit auch aus § 848 iVm §§ 990, 991 Abs. 2 für Zufall; so hat der schuldunfähige aber fremdrechtliche unredliche Besitzbetrüger gemäß §§ 829, 848 iVm 990 dem Eigentümer auch für Zufall einzustehen.

IV. Diese Haftungsmöglichkeit hat Auswirkungen auf die Auslegung der §§ 992, 993.

a. § 992 enthält keine Vorschrift, die das Verhältnis von Deliktsrecht zu Eigentümer-Besitzer-Recht - abschließend - regelt, eine solche ausdrückliche Konkurrenznorm fehlt in den §§ 987 ff; aus § 992 ist eindeutig nur zu entnehmen, daß die Vorschriften des Deliktsrechts im Eigentümer-Besitzer-Recht bei unerlaubten Handlungen zur Anwendung kommen können. Die Bedeutung des § 992 liegt darin, gleichwertig mit §§ 989, 990, 991 Abs. 2 einen weiteren Verantwortlichkeitstatbestand zu schaffen ⁷⁰⁾. Haftungsbegründend wirkt § 992 für den redlichen Besitzer ⁷¹⁾, und zwar allein auf Grund der Art der Besitzerlangung; unerheblich bleibt, was sich wiederum bei der Verteilung der Beweislast auswirkt, ob der Gewaltbesitzer redlich oder unredlich ist, ob er Eigen- oder Fremdbesitz als Ober- oder Unterbesitzer innehat ⁷²⁾.

Für die Unfallshaftung hat § 992 nur insoweit Bedeutung, als bei Deliktsbesitz die Verantwortlichkeit nach Eigentümer-Besitzer-Recht regelmäßig auf Grund des gleichzeitig vorliegenden Gewaltbesitzes gegeben ist.

70) aa: Dietz S. 210/11, er sieht die Bedeutung des § 992 darin, für den Eigentümer eine Schutzvorschrift darzustellen; vgl. auch RGRK-Johannsen § 989 Anm. 4; vgl. oben Anm. 53;

71) Protokolle S. 348 = Mugdan S. 678; Buhl S. 77/78; Ebbecke aaO Sp. 837; Eichler S. 207; Siber Rechtszwang S. 117; ders. spricht in IdogmJB Bd. 89 S. 43 von einem "privilegium odiosum", und sagt S. 43, § 992 führe für den unredlichen Besitzer zum Verzug ohne Mahnung;

72) Cosack-Mitteis § 57 II 1;

b. § 993 wird von dieser Auslegung des § 992 und der Lösung des Konkurrenzproblems zwischen Delikts- und Vindikationsrecht nicht berührt. § 993 steht keiner Haftungsbegründung entgegen, die in den §§ 987 ff selbst ihren Rechtsgrund hat. Nach § 993 ist bei Redlichkeit nur der unverantwortliche nichtberechtigte Besitzer von einer Haftung freigestellt, eine Haftungsverpflichtung der gemäß den §§ 989 bis 992 verantwortlichen Besitzer ist demgegenüber im Gesetz ausdrücklich angeordnet ⁷³⁾.

⁷³⁾ aA für Deliktshaftung: Bunsen aaO S. 436/37; Hans. OLG in HansRGZ 1929 B Nr. 132 BGH in E 14 S. 7 (8) = LM 5 zu § 818 III; vgl. auch Lent-Schwab § 45 V 2; zweifelnd, ob das für Zufallshaftung gilt, Lent S. 274/75; vgl. auch Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 177/8, der § 993 auch so auslegt; wie hier: Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen § 993 Rdnr. 1, 4; Erman-Hefermehl § 993 Anm. 1 a.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, daß im Eigentümer-Besitzer-Recht in größerem Umfang nichtberechtigte Besitzer für Zufallsschäden verantwortlich sind, als es bisher von Rechtslehre und Rechtsprechung angenommen wird. Jede Verantwortlichkeit des nichtberechtigten Besitzers eröffnet dem Eigentümer die Möglichkeit, ihn auch für Zufall in Anspruch zu nehmen; insbesondere ist ein Ausschluß der Zufallshaftung in § 989 nach dem BGB nicht gerechtfertigt.

Der Eintritt der Haftung richtet sich nach den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 241 ff, insbesondere §§ 284 ff, weil die infolge der Verantwortlichkeit entstehenden vindikatorischen Nebenansprüche der §§ 989 bis 992 gegen den Besitzer schuldrechtlich ausgebildet sind.

LEBENS LAUF

Am 17. April 1939 wurde ich als Sohn des damaligen Landgerichtsrats, heutigen Landgerichtsdirektors Dr. Heinz Löwisch und seiner Frau Ilse, geb. Reinhardt, in Meiningen/Thüringen geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach dem Besuch verschiedener Volksschulen in Mittel- und Westdeutschland trat ich Ostern 1950 in das Wilhelm-Dörpfeld-Gymnasium in Wuppertal-Elberfeld ein. Dort legte ich am 25./26. Februar 1959 die Reifeprüfung ab.

Seit dem Sommersemester 1959 studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Im Sommersemester 1961 und Wintersemester 1961/1962 studierte ich an der Christian-Albrechts-Universität in Kiel, danach wieder in Münster. Am 23. November 1963 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 3. Februar 1964 stehe ich im Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst im Land Nordrhein-Westfalen. Seit November 1967 bin ich dem Oberlandesgericht Düsseldorf zur Ausbildung zugewiesen.

